

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**POSSE EM ÁREAS URBANAS: A FUNÇÃO JURISDICIONAL  
PERANTE UM DESAFIO DE ÉTICA DE RESPONSABILIDADE**

**JANINE STIEHLER MARTINS**

**Itajaí, dezembro de 2008**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**POSSE EM ÁREAS URBANAS: A FUNÇÃO JURISDICIONAL  
PERANTE UM DESAFIO DE ÉTICA DE RESPONSABILIDADE**

**JANINE STIEHLER MARTINS**

Dissertação submetida ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí –  
UNIVALI, como requisito parcial à  
obtenção do Título de Mestre em  
Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Osvaldo Ferreira de Melo**

**Itajaí, dezembro de 2008**

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus, pela saúde, fé, e capacidade de discernimento.

Agradeço aos meus pais, Jacir e Lúcia, que me concederam o dom da vida e me ensinaram que o legado de um ser humano vem da educação.

Agradeço ao meu querido esposo, Marcelo, pelo amor, paciência e incentivo em todos os momentos.

Agradeço ao meu orientador Prof Dr Osvaldo Ferreira de Melo, por ter me permitido partilhar de sua sabedoria, humildade e gentileza, qualidades estas que são apenas algumas diante da sua grandeza como ser humano.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico, especialmente, o presente trabalho, ao meu esposo Marcelo, como homenagem por sua compreensão e amor mesmo diante de todas as horas que lhe furto. Meu coração é seu.

Dedico este trabalho à minha família, especialmente aos meus irmãos Diego e Susan, como retribuição carinhosa de todo orgulho que sentem (do qual não sou merecedora) das minhas atividades jurisdicionais e acadêmicas.

Dedico este estudo a todos os meus colegas magistrados catarinenses, como forma de respeito às decisões judiciais inovadoras e garantistas, e como incentivo à uma judicatura sempre mais humanista

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Itajaí, dezembro de 2008**

**JANINE STIEHLER MARTINS**

**Mestranda**

**PÁGINA DE APROVAÇÃO**

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM  
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC/1916	Código Civil Brasileiro de 1916
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CDRU	Concessão de Direito Real de Uso
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CUEM	Concessão de Uso Especial para fins de Moradia

## **ROL DE CATEGORIAS**

### **Política Jurídica**

É a disciplina que trata do direito que deve ser, através de uma postura humanista, pretendendo normas aspiradas pela sociedade, eficazes e úteis.

### **Ética**

É o valor fundamentado nas relações humanas concretas e é exteriorizada em ações, tendo por objeto a preocupação com outro e como função a de decidir o que é moralmente correto.

### **Ética de consciência**

É o valor circunscrito à criação interna das normas de como proceder.

### **Ética de responsabilidade**

É o valor que só existe no agir e sustenta a missão da Política Jurídica, fundamentada na defesa de princípios como a tolerância, pluralismo, respeito ao outro, alteridade, solidariedade.

### **Informalidade urbana**

Processo de produção irregular das cidades e desorganização na ocupação dos espaços urbanos, tendo causas sociais, econômicas, ambientais, e jurídicas.

### **Regularização fundiária**

Processo que objetiva legalizar as ocupações irregulares para o fim de proteger a moradia. Possui duas dimensões: a jurídica, que envolve a questão da titulação das áreas, e a urbanística, relativa aos procedimentos de ocupação e parcelamento do solo.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>XI</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>2</b>
<b>CAPÍTULO 1 .....</b>	<b>5</b>
<b>A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A ÉTICA JUDICIÁRIA NA CRIAÇÃO DO DIREITO.....</b>	<b>5</b>
<b>1.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL E O PAPEL DA POLÍTICA JURÍDICA.....</b>	<b>5</b>
<b>1.1.1 O ESTADO DE DIREITO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL.....</b>	<b>5</b>
<b>1.1.2 DOGMÁTICA JURÍDICA E POLÍTICA JURÍDICA: O CARÁTER POLÍTICO-JURÍDICO E A VALIDADE MATERIAL DA NORMA.....</b>	<b>18</b>
<b>1.2 ÉTICA E DIREITO .....</b>	<b>23</b>
<b>1.2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS .....</b>	<b>23</b>
<b>1.2.2 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A ÉTICA E O DIREITO .....</b>	<b>27</b>
<b>1.2.2.1 Em Aristóteles .....</b>	<b>27</b>
<b>1.2.2.2 Em Chaïm Perelman.....</b>	<b>32</b>
<b>1.2.2.3 Em outros autores.....</b>	<b>40</b>
<b>1.2.3 Ética de consciência e ética de responsabilidade: a função jurisdicional e o papel corretivo da Política Jurídica no cumprimento dos princípios éticos.....</b>	<b>49</b>

**CAPÍTULO 2 ..... 56**

**INFORMALIDADE, POSSE E MORADIA EM ÁREAS URBANAS .. 56**

**2.1 INFORMALIDADE URBANA E MORADIA: O CENÁRIO BRASILEIRO.....56**

..... **2.1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A INFORMALIDADE URBANA NO BRASIL.....56**

**2.1.2 A MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL.....61**

**2.2 A POSSE E A PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL.....72**

**2.2.1 MATRIZ TEÓRICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.....72**

**2.2.2 POSSE, PROPRIEDADE, SUA FUNÇÃO SOCIAL E O DIREITO À MORADIA: UMA VISÃO PERANTE A ATUAÇÃO DO JUIZ .....76**

**2.3 INTRODUÇÃO À TEMÁTICA DA REGULARIZAÇÃO DA POSSE PARA FINS DE MORADIA: CONCEITO, FINALIDADE E FUNDAMENTO .....92**

**2.3.1 FUNDAMENTO DA REGULARIZAÇÃO DA POSSE PARA FINS DE MORADIA: PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA COMO EXPRESSÃO DE CIDADANIA E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....92**

**2.3.2 O CONCEITO OPERACIONAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SUA FINALIDADE ...97**

**CAPÍTULO 3 ..... 102**

**OS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO DA POSSE EM ÁREAS URBANAS E A FUNÇÃO JURISDICIONAL: UM DESAFIO PERANTE A ÉTICA DE RESPONSABILIDADE ..... 102**

**3.1 A POLÍTICA URBANA E A REGULARIZAÇÃO DA POSSE PARA FINS DE MORADIA.....102**

**3.1.1 A POLÍTICA URBANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E NO ESTATUTO DA CIDADE: AS ALTERNATIVAS MAIS CONHECIDAS .....102**

**3.1.1.1 Usucapião e a novidade do usucapião coletivo .....111**

**3.1.1.2 Desapropriação .....119**

**3.2 PERSPECTIVAS À CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.....123**

**3.2.1 O ALCANCE DA ATUAÇÃO DO JUIZ NA SOCIEDADE DE DESIGUAIS: SOLIDARIEDADE E ALTERIDADE.....123**

**3.2.2 OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA URBANA E REGULARIZAÇÃO DA POSSE .....128**

**3.2.2.1 Zonas ou Áreas Especiais de Interesse Social .....128**

**3.2.2.2 Concessão do direito real de uso e concessão especial de uso para fins de moradia: a importância da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001 e da Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007.....132**

**3.2.2.3 Direito de superfície e direito de preempção.....139**

**3.2.2.4 O direito de construir: outorga onerosa, transferência, operações urbanas consorciadas e consórcio imobiliário .....141**

<b>3.2.2.5 A regularização da posse urbana e a Lei n. 6766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano): as expectativas do Projeto de Lei n. 3057/00 (Lei de Responsabilidade Territorial) .....</b>	<b>143</b>
<b>3.2.3 POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO JUIZ NA REGULAÇÃO DA POSSE E A RESOLUÇÃO N. 11/08 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, INSTITUIDORA DO PROJETO “LAR LEGAL” .....</b>	<b>149</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>155</b>
<b>REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS .....</b>	<b>157</b>
<b>ANEXO ÚNICO.....</b>	<b>166</b>

## RESUMO

O presente estudo apresenta a análise da posse em áreas urbanas e a função do Juiz diante das alternativas de regularização fundiária destinadas à garantia do direito fundamental à moradia nas cidades. Inicia por uma abordagem da função jurisdicional, faz apontamentos sobre a ética judiciária e o papel da Política Jurídica no reconhecimento de uma validade material das normas. Após, aborda o panorama da proliferação dos assentamentos informais urbanos e contextualiza os institutos da posse e da propriedade, apontando a necessidade, para ambos, do cumprimento de sua função social. Finalmente, apresenta os instrumentos de regularização da posse em áreas urbanas previstos em diversos diplomas, especialmente a Resolução n. 11/08 do Conselho da Magistratura do Estado de Santa Catarina. O estudo sugere a aplicação de instrumentos que protejam a posse, e não somente a propriedade, como alternativa eficaz nos procedimentos de regularização da posse urbana. O trabalho avalia, ao final, as possibilidades de atuação do Juiz também na seara extrajudicial, em respeito aos princípios éticos da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da alteridade.

## **ABSTRACT**

This study presents an analysis of ownership in urban areas and function of the Judge in the face of alternative land for settlement aimed at safeguarding the fundamental right to housing in cities. Start by a civil court, makes notes on judicial ethics and the role of Legal Policy in recognition of a valid substance of the standards. After that, addresses the outlook of the proliferation of informal urban settlements and contextualizes the institutes of possession and ownership, indicating the need for both, the fulfillment of its social function. Finally, it presents the instruments of regularization of ownership in urban areas specified in various laws, especially the Resolution 11/08 Council of Magistracy of the State of Santa Catarina. The study suggests the use of instruments that protect the ownership, and not only the property, how effective alternative procedures to regulate the possession urban. The study evaluates the end, the possibilities of action of Judge Seara also in other court, in regard to the ethical principles of human dignity, solidarity and otherness

## INTRODUÇÃO

O objetivo institucional do presente estudo é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo e linha de pesquisa de Produção e Aplicação do Direito.

O objetivo científico é estudar a função jurisdicional diante do fenômeno da informalidade urbana, e avaliar as alternativas possíveis ao Juiz para a regularização da posse nas cidades, nas searas judicial e extrajudicial, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, tratando da função jurisdicional e da ética judiciária na criação do Direito, através da relação entre a Dogmática e a Política Jurídica, no sentido de reconhecer o caráter político-jurídico e a validade material da norma. Analisa-se a existência de uma ética de responsabilidade, e não apenas de consciência, e a postura humanista na atividade jurisdicional.

O Capítulo 2 trata da informalidade e o reconhecimento da moradia como direito fundamental. Apresenta uma contextualização da posse e da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, e o reconhecimento, para ambas as categorias, de sua função social, introduzindo-se os fundamentos da regularização fundiária.

O Capítulo 3 aborda os instrumentos de política urbana e regularização da posse para fins de moradia, previstos na Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da Cidade e outros diplomas. Analisa a iniciativa judicial do Projeto Lar Legal, instituído pela Resolução n. 11/08, do Conselho da Magistratura do Estado de Santa Catarina, e apresenta alternativas, judiciais e extrajudiciais, para que o Juiz auxilie na proteção do direito à moradia nas cidades, com fundamento nos deveres de alteridade, solidariedade e por uma nova postura humanista da atividade judicante.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a posse e sua regularização nas áreas urbanas.

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) que a função jurisdicional deve ser pautada em princípios éticos, humanistas, e deve ser solidária à situação das pessoas que vivem na informalidade urbana

b) que a regularização da posse nas áreas urbanas ainda é pouco vivenciada no cotidiano dos Juízes, e que na condição de direito fundamental, a moradia é expressão da cidadania, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana

c) que há vários instrumentos de política urbana e regularização da posse, alguns pouco conhecidos e aplicados, e que são alternativas à atuação do Juiz, como um desafio de ética de responsabilidade, para a criação judicial do Direito.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação<sup>1</sup> foi utilizado o Método Indutivo<sup>2</sup>, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano<sup>3</sup>, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

---

<sup>1</sup> “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

<sup>2</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

<sup>3</sup> Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>4</sup>, da Categoria<sup>5</sup>, do Conceito Operacional<sup>6</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

<sup>5</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

<sup>6</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

<sup>7</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

# CAPÍTULO 1

## A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A ÉTICA JUDICIÁRIA NA CRIAÇÃO DO DIREITO

### 1.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL E O PAPEL DA POLÍTICA JURÍDICA

#### 1.1.1 O Estado de Direito e a função jurisdicional

A definição da categoria função jurisdicional é trabalho complexo que pressupõe a avaliação da categoria Estado sob diversos ângulos, dentre eles o jurídico e político<sup>8</sup>.

Para melhor explicitar a categoria, necessária uma leitura introdutória sobre a criação do Estado Moderno e, depois dele, sua evolução político-jurídica para o Estado Democrático de Direito para, em seguida, apresentar o conceito operacional da função jurisdicional.

Delimita-se, no presente estudo, que não será alvo de investigação o Estado Feudal e Antigo, por questões metodológicas.

Brandão explica que, em qualquer campo de investigação, é ponto comum que o Estado é criação do homem, sendo impossível delimitar e definir claramente o Estado Moderno e o Estado Contemporâneo<sup>9</sup>. E afirma:

A preferência pelo nome 'organizações políticas' para as realidades anteriores ao Estado Contemporâneo – ainda que alguns importantes pensadores utilizem o termo 'Estado' para denotá-las – decorre da opção por utilizar o termo 'Estado' para o ente político que teve o seu florescimento a partir do século XIV e que se afirmou definitivamente no curso do século XV no

---

<sup>8</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 19.

<sup>9</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, Sociedade Civil e Estado constitucional brasileiro. In MEZZARROBA, Ordes (org). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003, p. 129-130.

continente europeu, seguindo a cronologia adotada por uma expressiva corrente do pensamento político<sup>10</sup>

O Estado Moderno descreve, segundo Brandão<sup>11</sup>, a forma de ordenamento político que floresceu na Europa do século XIV, no período que ficou conhecido como Renascença e que teve vigência até o século XIX.

Durante este período, o séc XVIII foi marcado pela conquista dos direitos civis, oriunda da transição do feudalismo ao capitalismo e mediante o processo de racionalização, individualização e secularização, o qual superou a percepção teológica das coisas, até então alimentado pela Igreja Católica Romana<sup>12</sup>. O acontecimento mais importante desta época, aliado às revoluções burguesas dos séc. XVII e XVIII, não foi a consciência do homem de que passou a habitar a cidade, mas sim a consciência das desigualdades, o que resultou numa das transformações mais importantes na trajetória do mundo: a do cidadão/súdito, para o de cidadão/cidadão<sup>13</sup>. Isso significou a percepção dos direitos nas suas mais diversas concepções, iniciando-se no séc XVIII pelos direitos civis, e cujo alcance se deu no avançar dos séculos que se seguiram: no séc XIX os direitos políticos e no séc XX os direitos sociais.

Considerada a primeira revolução burguesa da história, a Revolução Inglesa iniciada em 1640 e concluída quase meio século após, em 1688, deu origem ao primeiro país capitalista da história. A inspiração de um novo Estado, absoluto e independente da Igreja, deve-se muito a Hobbes que, em 1651, publicou sua obra “Leviatã”, e propôs o Estado absoluto como resolução da superação do prévio estado de natureza, no qual a condição do homem seria o estado permanente de guerra, onde cada um é governado por sua razão e onde todo homem tem direito a todas as coisas.

Hobbes propôs, mediante uma fundamentação contratualista, que a única maneira de instituir um poder comum seria conferir

---

<sup>10</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, Sociedade Civil e Estado constitucional brasileiro, p. 131.

<sup>11</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, Sociedade Civil e Estado constitucional brasileiro, p. 133.

<sup>12</sup> MONDAINI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In PINSKY, Jaime (org). **História da Cidadania**. São Paulo: Ed Contexto, 2005, p. 115.

<sup>13</sup> MONDAINI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. p. 115.

todo seu poder e força a um homem ou a uma assembléia de homens, que pudesse reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma única vontade. Isso seria mais que consentimento, ou seja, um pacto de cada homem com cada homem, fundamentado na razão.

Moacyr Motta da Silva<sup>14</sup> observa:

Guiado pela pela razão, o ser humano escolhe, livremente, a forma de convivência. A razão orienta-o a firmar pacto de convivência e confiança mútuas, entre todos os homens. Diante do pacto fica estipulado que cada um, em particular, cumpra o acordo celebrado, e, em decorrência da celebração do pacto, a lei impõe a todos o seu cumprimento. O justo é aquele que observa a lei que emana da convenção. [...] A partir da instituição do pacto político, considerado válido pela adesão de seus membros, funda-se a justiça, com força de princípio.

Do pensamento de Hobbes, sugere-se que a prévia convenção reforça a impossibilidade interferência de outros vínculos na relação entre súdito e soberano, dando-se então a passagem do estado de natureza para o estado civil e a consolidação da figura do cidadão enquanto sujeito de direito.

A teoria hobbesiana que concede direitos individuais aos cidadãos foi em grande parte posta em prática pelos estados liberais do séc XVIII, podendo-se observar de seu legado os primeiros passos da idéia de cidadão como titular de uma série de direitos subjetivos, ou seja, a primeira noção de personalidade jurídica. Segundo o filósofo,

[...] mas tal como os homens, tendo em vista conseguir a paz, e através disso a sua própria conservação, criaram um homem artificial, ao qual chamamos Estado, assim também criaram laços artificiais, chamados *leis civis*, os quais eles mesmos, mediante pactos mútuos, prenderam numa das pontas à boca daquele homem ou assembléia a quem confiaram o poder soberano, e na outra ponta aos seus próprios ouvidos<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão**: Reflexões. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 79.

<sup>15</sup> HOBBS. Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Ed Nova Cultura, 2ª ed, p. 176-177.

Outros teóricos acompanharam e aperfeiçoaram essa nova proposta de Estado, tais como Locke, Rousseau, Bodin, Montesquieu, dentre outros, cujo pensamento resultaria na criação de um Estado assentado num sistema jurídico composto de regras claras e universais, mediante outorga livre dos poderes e prerrogativas que pertenciam ao povo, como direito natural, a esse novo Estado.

Segundo Singer<sup>16</sup>, sob outra dimensão e ângulo do reconhecimento da condição de sujeito políticos do povo, a união de agricultores, pequenos comerciantes e artesãos com latifundiários escravistas, culminou com a Revolução Americana e sua declaração de independência da Inglaterra. Como conseqüência, houve a elaboração de sua Constituição, concluída em 1789, eis que dependia de ratificação de, pelo menos, nove dos treze estados americanos. Com poucas ratificações até o final de 1787, devido às disputas entre os Federalistas, partidários de um poder federal forte, e dos anti-Federalistas, partidários de maior descentralização e garantia de direitos dos cidadãos, muitas emendas foram apresentadas ao Congresso Americano, este o qual enviou aos estados, para ratificação, emendas que salvaguardavam direitos civis, conhecidas por Bill of Rights (Lei de Direitos).

Por sua vez, a Revolução Francesa, ocorrida no final do século XVIII, inaugurou formalmente o Estado de Direito, fundado na Constituição que o organizou e descreveu, e garantindo os direitos dos cidadãos. Segundo Singer havia, na realidade, duas revoluções em marcha:

A da burguesia, em plena ascensão, dividida em duas correntes. Uma almejava a monarquia, em plena ascensão, dividida em duas correntes. Uma almejava a monarquia constitucional, possivelmente à moda inglesa, e que era representada sobretudo pelos girondinos. Outra mais radicalizada queria derrubar a monarquia e em seu lugar estabelecer uma República, provavelmente inspirada nos Estados Unidos; esse setor era representado por parte dos jacobinos e pelos franciscanos. A outra revolução era dos trabalhadores sem propriedade, que

---

<sup>16</sup> SINGER, Paul. A cidadania para todos. In PINSKY, Jaime (org). **História da Cidadania**. São Paulo: Ed Contexto, p. 202-205.

viviam à beira do desemprego e da indigência. Estes almejavam não só os direitos políticos mas também os direitos sociais<sup>17</sup>

O mesmo autor explica que em agosto de 1789 foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>18</sup>, inspirada na Declaração de Independência dos Estados Unidos, e baseada na igualdade de todos e na condenação das distinções sociais, cujo limite da liberdade individual somente pode ser fixado por lei.

A cláusula 17<sup>a</sup>, a última da mesma Declaração, enuncia a propriedade como um direito sagrado e inviolável, do qual ninguém pode ser privado exceto quando a necessidade pública legalmente constituída o requer, e sujeita à condição de indenização justa e predeterminada.<sup>19</sup>

A proteção da propriedade e a soberania do Estado burguês, ou capitalista, são as suas duas faces. Todos os direitos individuais se resumem na proteção ao direito de propriedade, e portanto, aquele foi criado para garanti-lo, em coerência com os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

O enraizamento destes valores individuais na sociedade agora organizada fez com que o Estado continuasse a existir na sua dimensão histórica. O fenômeno se enquadrava num processo de formalização do próprio

---

<sup>17</sup> SINGER, Paul. A cidadania para todos. p. 209.

<sup>18</sup> Suas dez primeiras cláusulas eram: “1. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se fundar na utilidade comum. 2. O fim de toda associação política é a preservação dos naturais e irrenunciáveis direitos humanos. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência contra toda opressão. 3. A origem de toda soberania está essencialmente no povo. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não se origina dele. 4. A liberdade consiste em tudo poder fazer que não prejudique o outro. Portanto, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram o gozo dos mesmos direitos pelos demais membros da sociedade. Estes limites só podem ser os fixados pela lei. 5. A lei só tem o direito de proibir ações que prejudicam a sociedade. Tudo o que a lei não proíbe não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que a lei não ordena. 6. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos tem o direito de participar pessoalmente ou por meio de seus representantes na elaboração da mesma. (...) 7. Nenhum homem pode ser acusado, detido ou mantido preso a não ser nos casos previstos em lei e nas formas por ela prescritas (...). 8. A lei só deve prescrever castigos que são indubitável e evidentemente necessários e ninguém pode ser punido a não ser por força de uma lei aprovada, divulgada e juridicamente aplicada antes do cometimento do crime. 9. Como cada homem é considerado inocente até que seja declarado culpado, se sua detenção for considerada inevitável, todo rigor que não seja necessário para assegurar a detenção deve ser severamente proibido pela lei. 10. Ninguém deve ser incomodado por causa de suas opiniões, inclusive as religiosas, na medida em que sua expressão não perturbar a ordem pública, inscrita na lei”. SINGER, Paul. A cidadania para todos. p. 210-211.

<sup>19</sup> SINGER, Paul. A cidadania para todos. p. 211.

Estado, tornando-se menos necessária a personificação da figura do monarca, e mais necessária a conotação abstrata na lei. Daí a formação do chamado Estado de Direito. A este respeito, Bobbio ensina:

A passagem da esfera da legitimidade para a esfera da legalidade assinalou, dessa forma, uma fase ulterior do Estado moderno, a do Estado de direito, fundado sobre a liberdade política (não apenas privada) e sobre a igualdade de participação (e não apenas pré-estatal) dos cidadãos (não mais súditos) frente ao poder, mas gerenciado pela burguesia como classes dominantes, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia na idade triunfal da Revolução Industrial<sup>20</sup>

Bonavides afirma que:

O século XVIII colocou, por conseguinte, todas as premissas e divisas subseqüentes da rotação, que a idéia revolucionária, para cumprir-se, teve que cursar. Primeiro, promulgou as Constituições do chamado Estado de Direito e, ao mesmo passo, com a Revolução da burguesia, decretou os códigos da Sociedade civil. Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direito, que entrou para a história sob a denominação de Estado liberal<sup>21</sup>

A estrutura do Estado de Direito pode ser sistematizada, segundo Bobbio, da seguinte maneira:

- 1) Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes.
  
- 2) Estrutura material do sistema jurídico: liberdade de concorrência no mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade.

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª ed. Brasília: Ed. LGE, 2004, vol 1, p. 430.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In MEZZARROBA, Ordes (org). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 25.

3) Estrutura social do sistema jurídico: a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora.

4) Estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição do poder<sup>22</sup>

Apesar de o Estado de Direito resguardar as liberdades civil, pessoal e econômica, no sec XVIII, na fase liberal, o poder burguês dominante construiu na Europa um sistema político voltado a garantir os direitos fundamentais mas que assegurou a hegemonia econômica dos diferentes Estados, neutralizando os direitos políticos.

Porém, a ideologia do sec XIX cristalizou o princípio da nacionalidade de forma preponderante ao da cidadania, como um instrumento ideológico de integração dos cidadãos, através do qual o indivíduo não se sente somente membro do Estado, mas membro de um povo.

E foi com base no Estado de Direito, que respeita o indivíduo e garante a liberdade civil e econômica, com avanço do liberalismo, que se embasaram as lutas do movimento operário por direitos sociais e políticos, as quais fortaleceram a classe trabalhadora principalmente a partir de 1864, ocasião em que trabalhadores socialistas da França e da Inglaterra formaram a Associação Internacional de Trabalhadores, hoje conhecida como a Primeira Internacional.

Marx e Engels, à frente das lutas do movimento operário, preconizaram o fim do Estado, passando este pela fase intermediária da ditadura do proletariado. Brandão, mais uma vez, anota:

Ao analisar o Estado burguês, Marx afirma que o Estado surge pela desagregação da sociedade comunitária primitiva, em razão do aparecimento da propriedade privada sobre os meios de produção e da divisão da sociedade em classes oponentes. O nascimento do Estado, assim, é um fenômeno histórico. A função do Estado, para Marx, não é regular o conflito social, mas tomar partido neste para que a parcela da classe dominante,

---

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, p. 401.

controladora do Estado e que detém o poder, possa exercê-lo sobre aquela classe que não o tem.

O fim deste Estado é que é propugnado pelos marxistas. E o desaparecimento do mesmo ocorrerá com o desaparecimento da sociedade de classes<sup>23</sup>

Apesar das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado liberal, contudo, não desapareceu, mas deu lugar a uma gradual integração do Estado político com a sociedade civil<sup>24</sup>, que acabou por alterar a estrutura do Estado de Direito, transformando o Estado Moderno em Estado Contemporâneo.

Sobre o problema social que eclodiu na segunda metade do século XIX, surgida como efeito da Revolução Industrial, Bobbio destaca:

A 'questão social' [...] representou o fim de uma concepção orgânica da sociedade e do Estado, típica da filosofia hegeliana, e não permitiu que a unidade da formação econômico-política pudesse ser assegurada pelo desenvolvimento autônomo da sociedade, com a simples garantia da intervenção política de 'polícia'.

Impôs-se, em vez disso, a necessidade de uma tecnologia social que determinasse as causas das divisões sociais e tratasse de lhes remediar, mediante adequadas intervenções de reforma social. Se a Inglaterra, já antes de 1900, tinha posto em prática uma avançada legislação de atividade fabril, a Alemanha de Bismarck, em vez disso, levou a cabo uma articulada série de intervenções, visando pôr em ação um sistema de previdência social que viria a concretizar-se entre 1883 e 1889, com os

---

<sup>23</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, Sociedade Civil e Estado constitucional brasileiro. p. 139.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Em seu vol II, p. 1210, afirmam que "Na contraposição Sociedade civil-Estado, entende-se por Sociedade Civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político".

primeiros programas de seguro obrigatório contra a doença, a velhice e a invalidez. Assim como a legislação da atividade fabril inglesa teve também ampla aplicação no exterior, também o sistema de previdência social alemão encontrou vasta imitação.

[...]

Foi certamente por este caminho que começou a abrir, dificultosamente, uma alternativa ao liberalismo: nasceu, de fato, em fins do século XIX, o Estado interventivo, cada vez mais desenvolvido no financiamento e administração de programas de seguro social. As primeiras formas de Welfare visavam, na realidade, a contrastar o avanço do socialismo, procurando criar a dependência do trabalhador ao Estado, mas ao mesmo tempo, deram origem a algumas formas de política econômica, destinadas a modificar irreversivelmente a face do Estado contemporâneo<sup>25</sup>.

Pasold entende o Estado Contemporâneo como uma criação da sociedade e afirma:

Acreditamos que não há sentido na criação do Estado senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo. Deve haver nesta criatura da Sociedade um compromisso com a sua criadora, sob pena de perda de substância e razão de ser do ato criativo<sup>26</sup>

O bem comum do povo e a idéia de soberania como expressão de poder jurídico, são as marcas do Estado Contemporâneo, buscando o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana e a asseguaração de “valores éticos e jurídicos em benefício da sociedade e que, ao se concretizarem no Direito positivo, constituem-se como interesses difusos e coletivos”<sup>27</sup>. Para isso, o papel do Poder Judiciário, nesse modelo de Estado, “não mais se inspira

---

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol 1, p. 403.

<sup>26</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 2ª ed. Florianópolis: Florianópolis Estudantil, 1988, p. 35.

<sup>27</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. p. 39.

na lógica retrospectiva do positivismo do Estado Liberal Clássico, mas busca pela lógica prospectiva 'escolher as alternativas mais aptas para realizar os fins constitucionais'<sup>28</sup>

Ou seja, a estrutura política do Estado de Direito deve fundar-se não apenas na composição da justiça social e manutenção dos direitos fundamentais, mas também na soberania popular, devendo acrescentar-se, com isso outro elemento: a democracia. Com isso, denomina-se o Estado de Direito como o Estado Democrático de Direito, baseado na distribuição e nos mecanismos institucionais de controle do poder político e participação efetiva do povo na coisa pública.

Ao Estado Democrático de Direito também não se pode olvidar que é um Estado provido de uma constituição material emanada da vontade do povo, na qual são garantidos direitos humanos em todas as suas expressões e, especialmente, mediante a existência de um órgão guardião de todos os direitos fundamentais, com atuação livre e constitucionalmente garantida: o Poder Judiciário, cumprido através da função jurisdicional.

Neste mesmo sentido, Martins<sup>29</sup> anota que o Estado, compreendido como ordem jurídica soberana ou centralizada no mais alto grau, detém o poder político-jurídico na mais elevada dimensão, de maneira que suas características essenciais são a imperatividade e a inevitabilidade. A noção de jurisdição não está dele dissociada e é função do Estado e uma das dimensões de seu poder.

Segundo Martins,

Para que se obtenha a realização do Direito material e dos direitos subjetivos, bem como a manutenção da paz social e da segurança jurídica, objetivos do Estado e da jurisdição, os juízes, como agentes do Estado, devem exercer a função jurisdicional, conscientes de que são detentores de parcela do poder político-jurídico do Estado; também devem atender as aspirações e os ideais éticos, políticos, sociais e jurídicos que reflitam a vontade, o pensamento e os valores mais elevados da sociedade

---

<sup>28</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. p. 41.

<sup>29</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. p. 19 e 26.

[...]

Portanto, a análise do instituto jurisdição, no Direito Processual contemporâneo, não prescinde da abordagem de seus contornos conceituais nos aspectos políticos, jurídicos e sociais e de sua iluminação pelos valores que se encontram inseridos na norma constitucional, no sentido de reflexos das aspirações da sociedade<sup>30</sup>.

Apresentadas, pois, noções preliminares e breves sobre o poder político-jurídico do Estado, passa-se ao problema da conceituação da função jurisdicional.

Dentre os problemas conceituais da jurisdição na atualidade, Schaefer Martins cita a pressuposição da autonomia dos poderes; a necessidade de estabelecimento dos limites da função jurisdicional; a indispensabilidade da provocação da jurisdição pelo titular; o estabelecimento da pacificação como seu escopo; o estudo sobre a distribuição de competências; o reconhecimento de que o ato jurisdicional não se esgota apenas na função de declarar e aplicar o Direito, mas o de tornar efetivo o Direito declarado<sup>31</sup>

A função jurisdicional é exercida pelo Estado através de órgãos autônomos – juízes e tribunais – e oferecida como garantia das liberdades do cidadão e da observância e aplicação da lei. Trata-se de atividade substitutiva, mediante cognição e execução, ou seja, reconhecimento e garantia de aplicação do Direito. Na busca de um esboço de conceito operacional para a categoria jurisdição, Schaefer Martins expõe o seguinte:

a) corresponde ao principal objeto de estudo do processualista e não é considerada como um Poder de Estado, pois o Poder é uma inerência do Estado; no entanto, é reconhecida como função estatal e uma das dimensões de seu Poder; revela a soberania do Estado Democrático de Direito [...]

---

<sup>30</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**, p. 27.

<sup>31</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**, p. 60.

b) expressa o conjunto de atos praticados pelos órgãos do Estado no exercício do poder político-jurídico de decidir e de impor suas decisões mediante atos imperativos e por isto caracteriza-se pela irresistibilidade e inevitabilidade de seus atos;

c) é função exercida por autoridades independentes e imparciais, que no desempenho de suas atividades, encontram-se em harmonia em relação aos integrantes das outras duas funções do Estado;

d) tem seus limites determinados pela Constituição e seus valores, especialmente aqueles emanados dos princípios do devido processo legal e do contraditório (...)

e) é atividade que se inicia desde que provocada(...), mas que se desenvolve por impulso oficial a serviço do interesse social (...)

f) tem como finalidades a manutenção da autoridade do ordenamento jurídico, a atuação da vontade concreta da lei e sua efetivação prática, a pacificação da justiça, a educação para o respeito aos direitos e a garantia das liberdades fundamentais

g) realiza uma atividade pública em lugar da atuação das partes litigantes, caracterizando-se a substitutividade, e opera-se por meio da cognição e da execução; (...) logo realiza-se tanto no ato de julgado quanto no de dar cumprimento ao julgado

h) é função desempenhada por juízes que têm o dever de exercê-la com a consciência de que são detentores de parcela do poder político-jurídico do Estado, atentos às aspirações e aos ideais éticos, políticos, sociais e jurídicos que refletem a vontade, o pensamento e os valores mais elevados da sociedade<sup>32</sup>

A função jurisdicional depende, atualmente, do resguardo da ordem jurídica legal, e pretende munir o Juiz de maior atenção pelas

---

<sup>32</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**, p. 71-72.

conseqüências de seus atos perante a realidade social, com a expectativa de distribuir justiça<sup>33</sup>, donde exsurge a explicitação de nova categoria – a legitimidade do poder político-jurídico do Estado. Esta é tida como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido” e “deve ser compatibilizada com a elaboração de decisões obrigatórias e justas”<sup>34</sup>.

Invoca Schaefer Martins que:

o processo é instrumento da jurisdição e do Estado para: i) a formulação e para a atuação da norma jurídica no caso concreto; ii) a afirmação da autoridade do Estado com a aplicação de seu ordenamento jurídico; iii) o prestígio da ordem jurídica vigente com a imposição das normas de Direito material às lides ocorrentes; iv) a obtenção da paz social; v) a garantia do interesse público<sup>35</sup>

Aliada ao referido conceito operacional, a função jurisdicional deve ser analisada sob a ótica da realização do bem, do acesso à Justiça, à realização do valor Justiça, à proteção dos mais desvalidos, à proteção das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, enfim, na inclusão do reconhecimento da importância da realidade social e cultural da sociedade.

É necessário lembrar que a função jurisdicional é uma atividade expressa do Poder Judiciário, e única a cargo do Juiz. Com leitura na Constituição, o Juiz passa a ser instrumento de pacificação social. É o único que detém poder político-jurídico, e se distingue das demais funções pois tem uma prerrogativa que é só dele: o poder de escolha ilimitada, desde que circunscrita ao Direito, e não propriamente à lei.

---

<sup>33</sup> Segundo ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 593, a categoria “Justiça” pode-se distinguir com dois significados principais. O primeiro é a Justiça como conformidade de conduta a uma norma; o segundo é a Justiça como eficiência de uma norma, ou seja, a capacidade de possibilitar as relações entre os homens. O primeiro conceito busca julgar o comportamento da pessoa humana; o segundo busca julgar as normas que regulam o comportamento humano. Segundo o autor, em uma ou outra vertente, porém, Justiça nada ou pouco tem a ver com jurisdição, embora seja necessário, ao menos idealisticamente, sua complementaridade.

<sup>34</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**, p. 49.

<sup>35</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**, p. 58..

Neste viés, a Política Jurídica apresenta indelével contribuição ao pensamento jurídico para melhor compreensão das aspirações sociais e mais eficaz atuação do Poder Judiciário.

### 1.1.2 Dogmática Jurídica e Política Jurídica: o caráter político-jurídico e a validade material da norma

O positivismo<sup>36</sup> jurídico<sup>37</sup> surgiu no final do século XVIII em oposição ao direito natural<sup>38</sup>, este fulcrado na natureza ou no próprio Deus, e pretendia a obediência de todos a uma só orientação – o direito posto, criado pelos homens. O único direito passa a ser aquele determinado pelo homem, e deve ser rigorosamente observado.

A concepção positivista coincide com a consolidação do Estado Moderno e, principalmente, com as codificações do início do século XIX. O direito passa a confundir-se com a norma, buscada na objetividade científica e enfatizada na realidade observável, com caráter imperativo e força coativa.

---

<sup>36</sup> O positivismo é um “sistema filosófico que tem como postulados principais os seguintes: a ciência é o único conhecimento possível e tudo o que não possa ser investigado por método científico não tem validade; o método geral da ciência é o descritivo, pois cabe a qualquer ciência descrever seu objeto” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 77-78.

<sup>37</sup> A categoria “positivismo jurídico” é: “1. Escola que reduz o Direito à sua função técnica, distinguindo-o rigorosamente da Metafísica, com o que se opõe frontalmente o Jusnaturalismo. 2. Posicionamento que repele a idéia de um Direito Natural, anterior e superior à positividade jurídica, vendo nesta última a fonte de todo o conhecimento do Direito”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 78.

<sup>38</sup> “3. Conjunto de princípios fundados na razão, que orientariam os direitos de liberdade e de igualdade. 4. Fundamentação metafísica dos valores do Direito”. MELO, **Dicionário de Política Jurídica**. p. 31. Segundo ABBAGNANO, **Dicionário de Filosofia**. p. 276, “O Direito natural é a norma constante e invariável que garante infalivelmente a realização da melhor ordenação da sociedade humana: o Direito positivo ajusta-se em maior ou menor grau, mas nunca completamente, ao Direito Natural porque contém elementos variáveis e acidentais que não são redutíveis a este. O Direito natural é a perfeita racionalidade da norma, a perfeita adequação da norma ao seu fim de garantir a possibilidade de coexistência. (...) Esse pensamento regeu, por mais de dois mil anos, a história da noção de Direito”. ABBAGNANO explica que houve duas fases fundamentais dessa história: a antiga, na qual o direito natural é a participação da comunidade humana na ordem racional do universo que é Deus ou que vem de Deus, seja por meio dos instintos dos animais ou da razão, nos homens; e a moderna, na qual o Direito natural é a disciplina racional indispensável às relações humanas, mas independe da ordem cósmica e de Deus.

Hans Kelsen foi o mais conhecido precursor da doutrina formalista do Direito e do Estado. Sua teoria se fundamenta no fato de que só a norma formalmente válida faz algo ser jurídico, afastando-se por completo do estudo dos fatos geradores das normas, ou seja, dos valores<sup>39</sup>. A eficácia da norma seria a sua capacidade de produzir os efeitos desejados, e portanto, condição de validade. Para Kelsen, à validade da norma basta a sua validade formal, a qual, segundo explica Melo<sup>40</sup>, se exaure na legitimidade no processo de sua produção e na posição adequada na escala hierárquica, de que trata com precisão a Dogmática Jurídica<sup>41</sup>

A doutrina de Kelsen somente pode ser aceita caso não se possa discutir sobre a justiça ou injustiça, ou a utilidade social de uma norma. Seu sistema jurídico é fechado, e objeto da sua Ciência do Direito é apenas a norma.

Oswaldo Ferreira de Melo, em 1994, lançou a importante obra “Fundamentos da Política Jurídica”, onde submete a criação do direito a uma disciplina dos fatos e dos valores, de modo sistematizado e com fundamentação ética. O autor, ao discorrer sobre a teoria kelseniana, lembra que o positivismo confundiu as categorias “direito” e “norma”, lembrando que a primeira é muito mais abrangente que a segunda, embora se realize através desta. E afirma:

Se considerarmos que as principais geratrizes da cultura são as aptidões e as necessidades humanas, a tendência ordenadora da inteligência prática explicaria a criação do Direito com vistas não só a promover a disciplina social mas também o seu bem-estar. Embora os homens diverjam quanto aos gostos, necessidades e interesses individuais, há também necessidades e interesses comuns em uma sociedade. Assim, a medida da criação cultural depende dos juízos de valor que a comunidade dê às

---

<sup>39</sup> “1. Aquilo que se tem como objeto de preferência, ou seja, o que é digno de escolha. 2. Na linguagem político-jurídica, é qualidade normativa ou critério de juízo” MELO, Oswaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**, p. 97.

<sup>40</sup> MELO, Oswaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 97.

<sup>41</sup> “Sistema que articula princípios, conceitos, normas e técnicas, construído com apoio na Ciência do Direito e aplicado na esfera judicial, com vistas à decidibilidade dos conflitos. Na mediação entre a instância normativa e a judicial, está a práxis das tarefas dogmáticas, dentro da expectativa de que o desejado pelo legislador vai ganhar vida nas decisões daquele que julgará o caso concreto, tendo-se em vista a preservação da Segurança Jurídica. A Política Jurídica, nesse campo, apresenta-se como elemento corretivo, dinamizador e atualizador dos elementos que integram o sistema dogmático”. MELO, Oswaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 33.

necessidades manifestas, privilegiando algumas delas sobre outras, valorando-as, enfim. Isso é real, é humano, faz parte do nosso cotidiano querer, é essência da vida, é impulso natural de nosso agir.

Subestimar tudo isso, toda essa verdade humana no ato da criação do direito e no estudo que possa produzir a norma jurídica, é esquecer que o direito não disciplina 'coisas' mas 'interações humanas'. Afinal de contas, o Direito não se realiza internamente, mas sim quando aplicado aos fatos da vida social<sup>42</sup>

Diz-se da Política Jurídica a “disciplina que tem como objeto o Direito que *deve ser e como deve ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente”, ou “o conjunto de estratégias que visam a produção de conteúdo da norma, e de sua adequação aos valores Justiça (V) e Utilidade Social (V)”<sup>43</sup>

O direito positivo não pode ser fechado às conquistas sociais e ao projeto de solidariedade fulcrado na realização da cidadania. Desta forma, incumbe à Política do Direito uma visão não dogmática, mas comprometida com a transformação da sociedade e dos seus interesses, os quais podem ser racionalizados pelo legislador e pelo Juiz. Esta racionalização intenta a busca da validade material da norma, ou seja, compatibilizar o socialmente desejado e necessário ao homem, e não apenas a sua validade formal, mediante obediência às normas processuais para sua vigência. A eficácia da norma, à Política Jurídica, será analisada não só em relação à sua adequação ao agir, mas em função da aquiescência social, ou seja, da obediência à conduta esperada.

Segundo Melo<sup>44</sup>, a elaboração do Direito deve objetivar, juntamente com a técnica legislativa e judiciária e pelas práticas sociais, interesses manifestados no imaginário social. Segundo o autor, a norma jurídica, para ter o mínimo de adesão social, deve estar comprometida com o Justo, o

---

<sup>42</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor/CPGD, 1994, p. 29-30.

<sup>43</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB Editora, 2000. p. 77.

<sup>44</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 20-21.

Ético, o Legítimo e o Útil. Ou seja, a norma não é corpo sem alma, sendo esta a capacidade de a norma gerar relações e decisões justas. Os referenciais teóricos da Política Jurídica, segundo o autor em tela, abrangem questões de natureza ideológica e epistemológica. Nesta segunda função, depreende-se da obra em questão, a necessidade de crítica ao direito vigente, cujos princípios e normas devem ser cotejados à luz de critérios racionais de Justiça, Utilidade e Legitimidade, através da busca em fontes formais e informais de representações jurídicas do imaginário social que se legitimem na Ética, princípios de Liberdade e Igualdade, e na Estética da convivência humana. Necessária, assim, a vinculação da Ética à Política, compatibilizando-se o que é moralmente correto ao que é socialmente útil, para o fim de construir novos paradigmas democráticos e de fazer atuar o Direito como instrumento de transformação social. Segundo Melo, o Direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e valores a sua atividade quase sempre dispersiva e pragmática.

A Política Jurídica pretende, assim, através de uma postura teórica e humanista, alcançar normas socialmente desejadas, justas e úteis, além de eficazes no meio social. Explica Melo que:

muitos juristas temem que a abertura jurídica a um trabalho interdisciplinar e a uma aproximação maior a um paradigma axiológico, seja o caminho da autodestruição do Direito. Ledo engano. O direito, se não for entendido simultaneamente como fato, valor e norma, visão tridimensional exposta lucidamente por Miguel Reale, não permitirá jamais a necessária aproximação entre a regulação social e a regulação jurídica ou seja entre o mundo das práticas sociais e o da positivação<sup>45</sup>

E continua:

[...]Nem todas as práticas sociais são necessariamente boas, ou seja, melhor adequadas para a solução justa dos conflitos que as proposições do senso teórico do jurista. No entanto elas têm, em regra, mais condições de ganhar eficácia pela chamada legitimidade da fonte. Da mesma forma não será, pelo fato de

---

<sup>45</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 99.

residir no social, que o costume possa ser invocado inconseqüentemente, para dirimir questões originadas na complexidade da vida contemporânea.[...] <sup>46</sup>

A função do Direito transcende uma simples compatibilização entre conflitos aparentes de normas de conteúdo substantivo ou processual, visando, por outro olhar, uma nova postura teórica e humanista do jurista no alcance de normas socialmente desejadas, no sentido de justas, úteis e eficazes. É da Dogmática Jurídica a institucionalização da conduta tida como correta pelo Estado, e que acarreta a presunção do consenso social e gera a sua exigibilidade e dever de obediência. Melo <sup>47</sup> adverte que pesquisas realizadas nos Estados Unidos nas décadas de 70 e 80 dão conta de que a única forma mais ou menos estável de consenso obtida numa sociedade plural é quanto a princípios muito gerais que se referem a direitos básicos como a liberdade de expressão. Porém, mesmo em casos concretos, o referido consenso já não se obtém no grau esperado.

Não há como ocultar a inexistência de real consenso quando, em determinadas decisões judiciais, mesmo aplicada a letra literal da lei, o próprio Juiz se sente desconfortável frente a situações concretas nas quais há descompasso entre o que a lei impõe e entre o sentimento de injustiça daí ocorrente. Os limites do presente estudo impedem, naturalmente, incursão específica sobre a Hermenêutica <sup>48</sup>. A construção da norma jurídica concreta, ou seja, a criação judicial do direito, se dá pela interpretação e aplicação da lei através de uma fonte legitimada, que atualmente não mais se circunscreve apenas à lei, doutrina, costume, jurisprudência e analogia. Os desafios atuais são mais complexos e tormentosos para o político do direito, exigindo-lhe uma postura mais criativa que consiga angariar maior consenso social possível, aí não se justificando, por outro lado, uma idéia de justiça livre, não criteriosamente selecionada.

---

<sup>46</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 99.

<sup>47</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 86-87.

<sup>48</sup> “1. Conjunto de processos e técnicas que possibilitam a interpretação das expressões jurídicas. 2. O mesmo que Teoria da Interpretação”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 47.

A fonte principal dos interesses – as necessidades sociais, é também a fonte da Política Jurídica, de modo a buscar aproximação entre a capacidade de responder às crenças sociais e a proteção de valores fulcrados na sociedade. A norma passa a ser eficaz e válida não somente porque é vigente, mas porque conforma a legitimidade de seu conteúdo e seus fins com os sentimentos de justiça e aquiescência social.

Neste sentido, há a possibilidade de racionalizar critérios de justiça, e dentre eles arbitrar a norma de acordo ou não com uma obrigação moral de agir, harmonizando a norma com a moralidade aceita pela comunidade. Melo denomina este critério de justiça como legitimidade ética<sup>49</sup>, diminuindo o impacto e a diferença entre o direito desejado e o direito posto.

O papel da Política Jurídica não é negar vigência ao direito posto, mas sim harmonizá-lo e examinar a justiça como um valor atribuído à norma segundo as aspirações legítimas da sociedade, de molde a satisfazer as suas necessidades essenciais.

## 1.2 ÉTICA E DIREITO

### 1.2.1 Notas introdutórias

A jurisdição, no Estado de Direito, segundo a concepção do normativismo, está circunscrita à lei. Não havia, até o século XIX, outra concepção da jurisdição que não fosse a submissão irrestrita ao texto legal. Contudo, uma interpretação lógica, ainda que simplista, poderia chegar à seguinte indagação: se o Estado de Direito é delimitado pela lei, a evolução daquele também deveria implicar no aperfeiçoamento e alargamento da função jurisdicional?

A resposta a esta pergunta deve ser afirmativa. Se o princípio da legalidade conduz as ações da sociedade, a expansão de sua concepção impõe um aumento direto no papel da função judicial.

---

<sup>49</sup> “(...)2. Nas ciências políticas e sociais toma sentido mais amplo para referir-se a tudo aquilo que resulte em benefício geral e tenha o respaldo da Sociedade. Neste sentido a qualidade do ato e da própria lei deverá identificar-se com as aspirações sociais e com os princípios éticos (Legitimação Ética)”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 60.

No tópico anterior, foram apresentadas algumas breves considerações sobre a formação do Estado liberal, o qual, à época, democratizou a figura do Estado pela primeira vez, na Idade Moderna. Contra ele, porém, veio a ofensiva do Estado socialista, o qual embora não vencedor, acabou por tornar sobrevivente a figura do Estado, agora não socialista nem liberal, mas intervencionista – o Estado Contemporâneo.

É impensável analisar a transformação do papel da função judicial sem outras breves considerações neste tocante.

O Estado Contemporâneo pode ser chamado de Estado Social desde que passou a intervir na economia e na sociedade, visando estimular o desenvolvimento e proporcionar condições mínimas de sobrevivência à maioria da população. Martins assinala que:

O Estado Social ou Estado Social Democrata é conhecido também como Estado de Bem-Estar. Suas ações são acompanhadas 'de um sistema de proteção legal aos cidadãos', permitindo-lhes a fruição de direitos ou titularidades 'desvinculados do fator 'ocupação' no sentido de atividade laboral'. Os principais objetivos do Estado de Bem-Estar são 'garantir a igualdade de oportunidades' e 'uma certa distribuição de renda', e decorrem de esforços e ações do próprio Estado na direção desta sua nova dimensão de democracia e de modelo ideológico<sup>50</sup>

O Estado Social contemporâneo é fruto da manutenção das bases do capitalismo, e produto da reforma do modelo clássico do Estado liberal. Ele procura conciliar a garantia das liberdades individuais com a criação de direitos coletivos e sociais, com intenção de proporcionar iguais oportunidades a todas as pessoas, sendo derivado do consenso destinado à acomodação dos interesses políticos e sociais.

Bonavides<sup>51</sup> explica que do século XVIII ao século XX o mundo atravessou duas grandes revoluções: a da liberdade, da qual se originou o Estado Liberal, e a da igualdade, oriunda da revolução socialista. Estas foram seguidas da revolução da fraternidade, e a revolução do Estado Social. A

---

<sup>50</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. p. 35.

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. p. 22.

revolução da fraternidade, segundo o autor, tentou efetivar o Estado social das Constituições programáticas, com teor abstrato e bem intencionado de suas declarações de direitos. A revolução do Estado Social tentou efetivar o Estado Social dos direitos fundamentais, capacitado da juridicidade e da concreção de preceitos que garantem estes direitos.

O mesmo autor afirma que houve mudança adaptativa do Estado Social, pois antes do esfacelamento do socialismo autocrático na União Soviética e na Europa Oriental, o Estado Social era intervencionista, intencionava buscar a igualdade por via do emprego e meios regulatórios da economia. Era o “Estado Social do *Estado*, e não o Estado social da *Sociedade*, [...] Era também o Estado social das Constituições programáticas”.<sup>52</sup> Completa o doutrinador que o Estado social da *Sociedade* é o Estado social dos direitos fundamentais, permeado de liberalismo, mas com imagem renovada do primeiro Estado de Direito do século XIX, e que prometeu estabelecer os pressupostos para os direitos da fraternidade. Anota Bonavides que o Estado social dos Direitos fundamentais “é Estado social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais”<sup>53</sup>. O Estado liberal não desapareceu, portanto, pelas pressões socialistas, mas transformou-se em Estado Social como a única forma de conciliar a sociedade e o Estado, reconstruído sobre os valores da dignidade da pessoa humana e como chave mestra da democracia.

O Estado Social dos Direitos Fundamentais surge justamente para coibir os excessos praticados pelo Estado Social intervencionista, de modo a assegurar que o próprio administrador público desempenhe suas funções de maneira responsável e comprometida com o bem comum e, ao mesmo tempo, garanta os direitos fundamentais<sup>54</sup>. O legalismo positivista, como outrora mencionado, ignorou o conceito de legitimidade, dissolvido no conceito de legalidade, de modo a exarcebar o neutralismo axiológico. Sem Estado social não há democracia. Bonavides arremata que “é a democracia do Estado social, por

---

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. p. 27.

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. p. 27.

<sup>54</sup> Os direitos fundamentais são “os princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5ª ed. ampliada. São Paulo: RT, 1990, p 159. Porém, ressalva-se que a categoria será estudada no segundo capítulo do presente estudo, sendo este apenas um conceito operacional apresentado para contextualizá-la.

consequente, o mais fundamental dos direitos da nova ordem normativa que se assenta sobre a concretude do binômio igualdade-liberdade<sup>55</sup>, em cujo local marca passo importante na configuração dos direitos humanos.

Só o fato de o Estado estar submetido à lei não basta para garantia dos valores efetivamente democráticos. A proteção dos chamados direitos fundamentais, e o comprometimento da lei com uma Constituição cujo modelo os garanta, é a consagração do princípio da validade material, do conteúdo das normas, apregoada pela Política Jurídica. A consciência dos Juízes para com o reconhecimento e a concretização dos direitos fundamentais é um dos novos papéis do Poder Judiciário, agora com espaço redefinido no Estado Social Contemporâneo, destinado a solucionar conflitos coletivos.

Exige-se do Juiz, doravante, uma postura voltada ao futuro, ao “direito que deve ser”, mediante uma postura ética comprometida com as conseqüências de suas decisões sobre a realidade social. Observa-se uma saudável invasão do Poder Judiciário (em sentido estrito) ou do Direito (em sentido lato) na política e na sociabilidade, que “transforma os juízes em guardiões dos princípios e valores fundamentais e em portadores das expectativas de justiça e dos ideais de cidadania contidos na Constituição”<sup>56</sup>

No Estado Liberal não havia estudos interligados nas áreas filosóficas, sociológicas e do Direito. Apenas se distinguia a Moral e o Direito. Indaga-se, portanto, com base nas considerações apresentadas: o que é a Ética? E qual é a sua relação para com a atividade jurisdicional?

A seguir, serão apresentados alguns conceitos operacionais da categoria Ética, em alguns autores. E, ainda, ato contínuo, serão incluídos alguns conceitos operacionais das categorias Moral, Política e Direito, de modo que se possam interligá-los à atividade jurisdicional.

---

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. p. 37.

<sup>56</sup> MARTINS, Nelson Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. p. 42.

## 1.2.2 Alguns apontamentos sobre a Ética e o Direito

### 1.2.2.1 Em Aristóteles

Aristóteles<sup>57</sup> trata em sua obra “Ética a Nicômaco”<sup>58</sup>, de vários aspectos da ética – o bem, o prazer, as virtudes, a justiça, os vícios, as paixões, os desejos, a dor, dentre outros.

O filósofo intentou demonstrar que o bem é tudo aquilo que apresenta valor para o homem, e a felicidade é o seu bem supremo - é a finalidade buscada por todas as ações. Ser feliz, segundo Aristóteles, é viver na virtude, e a realização da felicidade constitui o objeto próprio da ética. A felicidade é um primeiro princípio ou ponto de partida, uma vez que todas as outras coisas são feitas em função dela, sendo uma certa atividade da alma em conformidade com a virtude perfeita. Extrai-se de sua obra, no Livro I:

O bem humano é o exercício ativo das faculdades da alma humana em conformidade com a virtude, ou se houver diversas virtudes, em conformidade com a melhor e mais perfeita delas<sup>59</sup>. [...] As coisas boas foram divididas em três classes, a saber, bens externos de um lado e bens da alma e do corpo de outro lado[...] Todas as várias características buscadas na felicidade concernem ao bem como o definimos<sup>60</sup> [...] Ações que se conformam à virtude devem ser essencialmente prazerosas [...] A felicidade é de imediato a melhor, mais nobre e a mais prazerosa das coisas<sup>61</sup>. [...] A felicidade é um certo tipo de atividade da alma, enquanto as coisas boas restantes são ou meramente condições indispensáveis da felicidade ou pertencem à natureza de meios auxiliares e instrumentalmente úteis. Essa conclusão, ademais, se harmoniza com o que declaramos no início, a saber, que o bem mais excelente era a finalidade da ciência política<sup>62</sup>. [...] A felicidade humana significa a excelência da alma [...] Portanto, o estudioso da política deve estudar a natureza da alma [...] A alma

<sup>57</sup> 348-322 a.C., discípulo de Platão, segundo MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 05-06.

<sup>58</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2002, 287p.

<sup>59</sup> ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. p. 51.

<sup>60</sup> ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. p. 52.

<sup>61</sup> ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. p. 53.

<sup>62</sup> ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. p. 55.

é bipartida, uma parte sendo irracional e outra capacitada de razão<sup>63</sup>. [...] A virtude também é diferenciada em consonância com essa divisão da alma. Algumas formas de virtude são chamadas de virtudes intelectuais e outras de virtudes morais. A sabedoria e o entendimento e a prudência são virtudes intelectuais; a generosidade e a temperança são virtudes morais<sup>64</sup>

As atividades humanas, segundo o filósofo, devem ocupar uma existência completa. Por isso, Aristóteles menciona que a felicidade requer tanto virtude completa como vida completa, e somente mediante a virtude as funções humanas detêm a permanência, a estabilidade e a felicidade por toda a vida.

No livro II, ao tratar da virtude intelectual, Aristóteles anota que esta é majoritariamente tanto produzida quanto ampliada pela instrução, ao passo que a virtude moral ou ética é o produto do hábito, educação e conduta diária. O filósofo lembra que nenhuma das virtudes morais é em nós engendrada pela natureza uma vez que nenhuma propriedade natural é possível de ser alterada pelo hábito<sup>65</sup>. E afirma que nossas disposições morais são formadas como produto das atividades correspondentes, competindo-nos, conseqüentemente, “controlar o caráter de nossas atividades, já que a qualidade destas determina a qualidade de nossas disposições”<sup>66</sup>.

A respeito da virtude moral, o filósofo lembra que ela concerne a prazeres e dores, pois o prazer nos leva a realizar ações vis e a dor nos leva a deixar de realizar ações nobres. A virtude moral seria a qualidade segundo a qual se age da melhor forma em relação aos prazeres e dores, ao passo que o vício seria o oposto<sup>67</sup>. A virtude é, então, uma disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste “na observância da mediania relativa a nós, sendo isto determinado pela razão, isto é, como o homem prudente o determinaria”<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 61.

<sup>64</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 63.

<sup>65</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 65.

<sup>66</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 66.

<sup>67</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 68-69

<sup>68</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 74.

As qualidades morais são constituídas e destruídas pelo excesso e pela deficiência, sendo imprescindível a obediência à mediania. Há três coisas que são os motivos da escolha: o nobre, o útil e o prazeroso; ao passo que o vil, o nocivo e o doloroso são os motivos do evitar. O agente se torna justo e moderado quando realiza atos da maneira pela qual homens justos e moderados os realizam – estabelecimento de uma regra geral de conduta. As virtudes não são paixões, nem capacidades, mas disposições de agir de forma a realizar o bem segundo uma regra geral de conduta. Para ele, a virtude moral visa atingir o ponto mediano nas paixões e nas ações e, por isso, constitui a árdua tarefa de ser bom. Cita como regra para ser virtuoso a ação de assumir o menor dos males e rumar para longe dos erros a que estamos propensos.

A justiça e a injustiça são tratadas no livro V. Aristóteles se propõe a indagar a que tipos de ações elas concernem, em que sentido é a justiça uma mediania e entre quais extremos o ato justo é mediano<sup>69</sup>. O autor afirma:

[...]todos entendem por justiça aquela disposição moral que torna os indivíduos aptos a realizar atos justos e que os faz agir justamente e desejar o que é justo, e analogamente, por injustiça aquela disposição que leva os indivíduos a agir injustamente e desejar o que é injusto. Assumamos, então, essa definição a título de ponto de partida como latamente correta<sup>70</sup>.

Ao considerar que o transgressor da lei é injusto e aquele que a obedece, justo, Aristóteles esclarece que todas as coisas lícitas são justas num sentido da palavra, e que o termo “justo” é aplicado a qualquer coisa que produz e preserva a felicidade, ou as partes componentes da felicidade da comunidade política. A justiça, então, nesse sentido, seria a virtude perfeita, e nela se encontra toda a virtude somada<sup>71</sup>. O melhor dos homens, segundo o filósofo, não é o que pratica a virtude em relação a si mesmo, mas aquele que a pratica em relação aos outros, pois é esta uma tarefa deveras difícil<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 135.

<sup>70</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p.135.

<sup>71</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 137.

<sup>72</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 138.

Essa perfeição da justiça enquanto virtude (ou excelência moral) se revela, portanto, segundo Aristóteles, pelo fato de as pessoas que possuem esse sentimento de justiça poderem aplicá-lo não apenas em relação a si mesmas mas também às demais pessoas. A justiça, quando direcionada aos outros, seria a virtude inteira. Embora a justiça e a virtude sejam a mesma coisa, sua essência não é a mesma – a justiça apenas coincide efetivamente com a virtude, assim, quando é praticada em relação ao próximo.

A categoria Justiça, segundo Aristóteles, pode ser geral (legal) ou particular, relativa aos atos relacionados ao próximo (podendo ser classificada em distributiva ou corretiva). Extrai-se do seu ensinamento:

[...]O justo, portanto, significa aquilo que é legal e aquilo que é igual ou eqüitativo, e o 'injusto' significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não eqüitativo.[...] Fica, portanto, claro que todas as coisas lícitas são justas num sentido da palavra<sup>73</sup>. [...] enquanto a injustiça no sentido particular tange à honra, ao dinheiro, ou à segurança, [...] a injustiça no sentido universal tange a todas as coisas que constituem a esfera da virtude.<sup>74</sup> [...] A justiça particular, por outro lado, é aquilo que é justo no sentido correspondente a ela, é dividida [por sua vez] em dois tipos. Um tipo é exercido na distribuição de honra, riqueza [...] o outro tipo é aquele que supre um princípio corretivo nas transações privadas. Esta justiça corretiva, por sua vez, apresenta duas subdivisões, [...] as voluntárias e as involuntárias<sup>75</sup>.

A justiça distributiva consiste na distribuição de coisas comuns entre as pessoas de acordo com seu mérito e repousa na idéia de proporcionalidade. Segundo o filósofo, se, então, o injusto é o iníquo (desigual), e o justo é o igual, a justiça seria uma espécie de mediania, pois a igualdade assim o é. Aristóteles afirma que a igualdade envolve no mínimo dois termos, ao passo que a justiça envolve, ao menos quatro termos: dois indivíduos para os quais há justiça, e duas porções que são justas. E enfatiza que “o princípio da justiça distributiva, portanto, é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o

---

<sup>73</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 137.

<sup>74</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 139.

<sup>75</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 140.

terceiro e do segundo com o quarto; e o justo nesse sentido é uma mediania entre dois extremos que são desproporcionais, uma vez que o proporcional é uma mediania e o justo é o proporcional”<sup>76</sup>.

Isso também seria evidente à luz do princípio da atribuição em função do mérito, estando todos concordes de que “a justiça no que respeita às distribuições tem que ser baseada em mérito de algum tipo [...] A justiça é, portanto, uma espécie de proporção”<sup>77</sup>. Assim, o justo, para Aristóteles, é uma das espécies do gênero proporcional, na medida em que uma proporção é uma igualdade de razões, envolvendo, no mínimo, quatro elementos. Ou seja, para que uma distribuição seja justa deve haver proporcionalidade não apenas entre o quinhão e o mérito de cada pessoa, mas também entre os diversos quinhões e os diversos méritos. Essa proporcionalidade representaria o princípio da justiça distributiva, segundo o qual o justo é proporcional.

A justiça corretiva se manifesta pela ação do Estado na punição de atos ilegais e na reparação dos danos a terceiros, sendo seu núcleo a igualdade porque se pressupõe que deve haver um equilíbrio/equivalência entre as ações perpetradas pelas partes envolvidas. O que importa é se houve ou não a infração, independentemente da índole dos agentes. Visa essa justiça a reparação de uma ofensa praticada por alguém. Se a justiça na distribuição dos bens comuns sempre se conforma à proporção, o mesmo não se dá com o justo no seu sentido corretivo, competindo ao juiz restaurar a igualdade, considerando apenas a natureza do dano, tratando as partes como iguais<sup>78</sup>.

Tanto a justiça corretiva como distributiva são espécies do gênero justiça política, isto é, se aplicam às pessoas que se encontram em situações equivalentes, em termos de direitos. É a aplicação da justiça na cidade. A justiça política<sup>79</sup> pode ser, segundo Aristóteles: a) natural, que leva em conta coisas que não dependem de a aceitarmos, ou seja, é a que existe em todo lugar e não depende dessa ou aquela opinião; ou b) legal, que pode ser determinada

---

<sup>76</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. p. 142.

<sup>77</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* p. 141.

<sup>78</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* p. 143.

<sup>79</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* p. 150-151.

indiferentemente de uma maneira ou de outra mas, uma vez estabelecida, impõe-se a todos.

O filósofo lembra, porém, que muitos entendem que as normas de justiça são apenas as desta última categoria (justiça legal), já que o direito varia conforme a cidade e o tempo. Porém, afirma que essa opinião é unilateral, pois entre os deuses talvez a justiça seja sempre a mesma, mas no mundo dos homens é preciso reconhecer que, ao lado da justiça legal, há uma justiça fundada na natureza, cujas normas não podem ser desobedecidas. Eis o seu pensamento:

afirmar que as regras da justiça variam não é verdadeiro em termos absolutos, mas apenas com a presença de [certas] qualificações. Com efeito, entre os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum; mas em nosso mundo, embora haja isto a que chamamos de justiça natural, todas as regras da justiça são variáveis<sup>80</sup>

O eixo de seu pensamento, pois, através desta luminosa distinção entre Justiça Legal e Justiça Natural, encontra-se no ético, a esfera do indivíduo enquanto tal, e caminha rumo ao político, percebendo-se que o agente do Direito é, já em Aristóteles, um ser compromissado com o dever de solidariedade, quando afirma que a justiça somente é virtude quando praticada com o olhar voltado ao outro. Com isso, Aristóteles introduz uma reflexão sobre categorias como humanidade, alteridade e solidariedade.

### **1.2.2.2 Em Chaïm Perelman**

Em sua obra “Ética e Direito”<sup>81</sup>, Chaïm Perelman apresenta o estudo das categorias Ética e Direito. A primeira parte da obra é destinada à Ética, e aborda as categorias “justiça” e “considerações morais”, o papel da igualdade e como o direito se ajusta aos valores morais, o que fundamenta o título da obra.

---

<sup>80</sup> ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco** p. 154.

<sup>81</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, 722 p.

A segunda parte da obra é destinada ao Direito, e aborda as categorias da racionalidade jurídica, o raciocínio jurídico e a argumentação jurídica. O autor combate as visões tradicionais da razão jurídica e argumenta ao mesmo tempo contra o direito natural e o juspositivismo. Perelman deseja um direito construído sobre os valores, adota os princípios gerais do direito, assim como os direitos do homem, mas não os fundamenta no absoluto, mas sim os concebe no interior do sistema positivo.

A presente abordagem da obra destina-se a analisar o direito cristalizado nas decisões do Juiz, mediante apontamentos sobre as questões dos valores e da razoabilidade no seu raciocínio.

O primeiro capítulo – Ética -, aborda a Justiça e qual o papel atribuído à igualdade. A Justiça “é considerada por muitos a principal virtude, a fonte de todas as outras”<sup>82</sup>, e muitas guerras e revoluções sempre se fizeram em nome dela. Ao dizer ser impossível enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça, apresenta as concepções mais correntes, com caráter inconciliável:

1. A cada qual a mesma coisa.
2. A cada qual segundo seus méritos
3. A cada qual segundo suas obras
4. A cada qual segundo suas necessidades
5. A cada qual segundo sua posição
6. A cada qual segundo o que a lei lhe atribui<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 07.

<sup>83</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 09.

O autor explica que: a) a cada qual a mesma coisa, significa que todos os seres devem ser tratados da mesma forma, sem nenhuma particularidade; b) a cada qual segundo seus méritos, exige um tratamento proporcional ao mérito de cada pessoa; c) a cada qual segundo suas obras, leva em conta unicamente o resultado da ação; d) a cada qual segundo suas necessidades, tenta satisfazer as necessidades essenciais, aproximando-se da concepção de caridade; e) a cada qual segundo sua posição é uma fórmula aristocrática da justiça; f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui, significa que ser justo é aplicar as regras de um determinado sistema jurídico. Em seguida, afirma que a atitude mais correta, diante disto, seria pesquisar o que há em comum entre as diferentes concepções da justiça<sup>84</sup>.

A noção de justiça sugere a todos a idéia de igualdade. Mas, indaga Perelman, cumprirá tratar a todos da mesma forma, ou cumprirá estabelecer distinções? A resposta a esta indagação é diferente se feita a várias pessoas, mas todas possuem uma característica essencial, motivo pelo qual o filósofo define a justiça formal ou abstrata como “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”<sup>85</sup>. Das seis fórmulas apresentadas, o autor lembra que cada uma considera uma característica diferente como sendo a essencial.

Perelman, ao tratar da fórmula n. 4, “a cada qual segundo suas necessidades”, afirma que quem desejar aplicá-la, deverá não só estabelecer uma distinção entre as necessidades essenciais e as outras, mas também hierarquizar as necessidades essenciais, de modo que se conheçam aquelas que se há de satisfazer em primeiro lugar e determinar o preço que custará a sua satisfação: essa operação conduzirá à definição da noção de mínimo vital<sup>86</sup>. O filósofo lembra, porém, que a caridade é a virtude mais diretamente oposta à justiça, pois seu ideal é incondicional e não é limitado por regras, ao passo que a justiça não é concebida sem regras; é condicional e hipotética, é uma virtude racional<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 13.

<sup>85</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 19.

<sup>86</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 26.

<sup>87</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 46-47.

Toda evolução moral, social ou política, que traz uma modificação da escala dos valores, modifica as características consideradas essenciais para a aplicação da justiça, reclassificando os homens em outras categorias essenciais<sup>88</sup>.

Se a noção de justiça é confusa, explica Perelman, é porque cada um, ao falar dela, se crê obrigado a definir a justiça concreta, englobando numa mesma fórmula a definição da justiça formal e uma visão particular do universo<sup>89</sup>. E reafirma em sua obra, mais a frente, que a definição da justiça formal seria a de “observar uma regra que enuncia a obrigação de tratar de uma certa maneira todos os seres de uma determinada categoria”<sup>90</sup>. Mas cada categoria pode ser analisada segundo uma concepção específica, supra narrada. Assevera o autor:

A verdadeira justiça [...] não consiste na aplicação correta de uma regra, mas na aplicação correta de uma regra justa. Portanto não basta [...] contentar-se com a definição de um ato justo, independentemente do valor da regra. De fato, nem a análise de nosso sentimento de justiça, nem a da noção de justiça terminam se nos contentamos em determinar uma justiça puramente formal, sem que a nossa análise permita uma escolha entre várias fórmulas de justiça concreta, sem que nos deixe em condições de dizer quando uma regra é justa e quando não é<sup>91</sup>.

Diante disso, somos levados a distinguir três elementos na justiça: o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia, e o ato que a realiza. Apenas os elementos da regra e do ato é que são racionais, ao passo que o valor é perfeitamente indeterminado<sup>92</sup>.

Assim, conclui Perelman, é mais delicado definir uma noção que possibilite dizer quando uma regra é justa. A única exigência que se poderia formular acerca da regra é que ela decorra de um sistema normativo, mas este, seja qual for, contém sempre um elemento arbitrário, o valor afirmado por seus

---

<sup>88</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 31.

<sup>89</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 32.

<sup>90</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 45.

<sup>91</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 51.

<sup>92</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 63.

princípios fundamentais. Assim, essa imperfeição de todo sistema de justiça deve sempre estar presente na mente de quem quiser aplicar suas conseqüências e “deveria não perder de vista sua própria imperfeição e disso concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade, não é justiça”<sup>93</sup>. Através do reconhecimento dessa imperfeição e da subjetividade inerente aos valores que fundamentam a justiça, na concepção de cada ser humano e de cada julgador, Perelman vê na caridade, embora elemento oposto à justiça, um meio inversamente necessário para sua concretude.

A propósito da função do juiz e do ideal do positivismo jurídico, o filósofo afirma que sua obrigação é a de aplicar a lei como é. Sua justiça é estática, não dinâmica. É justo, para o juiz positivista, o que é conforme à lei<sup>94</sup>. Contudo, quando por uma ou outra razão, há desacordo quanto à aplicação da lei, nasce o problema da regra justa. Se permanecermos no plano do direito positivo, o papel do jurista é apenas elucidar dentro do direito posto, mas não julgar. Mas, para outros que se opõem a esse formalismo, adverte que o direito é uma técnica a serviço do ideal de justiça, e o papel do juiz “só raramente se limita a uma dedução formal; o juiz encarna o direito vivo e deve inspirar-se, no cumprimento de sua missão”<sup>95</sup>.

A regra de justiça, que exige o tratamento igual de pessoas iguais, aparenta ter aplicação indiscutível, mas seu campo de ação é praticamente nulo. Perelman afirma que, se quisermos que a regra de justiça possa guiar-nos efetivamente, cumpre formulá-la de maneira que ela nos indique como tratar seres diferentes, pois este é o único problema real concernente à regra da justiça. Quando houver algum comentário crítico sobre alguma decisão judicial, as alegações incidirão sobre todas as espécies de diferenças: seja no sentido de que estas não deveriam ter exercido nenhuma influência sobre a decisão adotada, ou de que algumas diferenças consideradas essenciais ficaram sem efeito mas deveriam ter intervindo em seu favor. Em síntese, a alegação de injustiça de alguma decisão parte do fundamento da diferença entre as pessoas, e não da semelhança, até porque a semelhança irrestrita é praticamente

---

<sup>93</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 67.

<sup>94</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 69.

<sup>95</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 72.

inexistente. São as diferenças essenciais que importam em cada situação determinada que devem ser levadas em conta numa decisão judicial<sup>96</sup>.

Com isso, e porque não há seres idênticos, a regra da justiça só tem interesse se nos diz como tratar seres diferentes. Embora a regra da justiça exija que sejam tratados igualmente seres essencialmente semelhantes, estes são considerados como aqueles entre os quais não existem diferenças essenciais. Caso contrário, ou seja, caso existentes tais diferenças essenciais, estas devem ser levadas em conta na decisão<sup>97</sup>.

Esta concepção, segundo Perelman, também é uma concepção formal de justiça, pois impõe que levemos em consideração determinadas categorias como diferenças essenciais. O sexo, a raça, ou o credo, por exemplo, conforme cita o filósofo, poderiam ser levadas em consideração para uma diferença de tratamento na admissão do serviço público? Essa resposta é tormentosa ao ver do autor.

Segundo Perelman, a justiça, embora seja valor universal, possui uma noção confusa, ora oscilando entre uma concepção dogmática e uma concepção subjetiva. Haverá algum meio para escapar deste dilema? Este problema está longe de ser simples. Desde Aristóteles, o conceito de justiça foi aproximado da igualdade. Mas se está a falar aqui de igualdade de tratamento ou de igualdade de situações? Atualmente, a igualdade não pode mais ser analisada sobre a ótica liberal da qual foi pilar, na criação do Estado Moderno, mas deve ser analisada sobre a ótica da igualdade de resultado, das situações efetivas de acesso desigual entre pessoas da mesma sociedade a oportunidades e bens. Perelman anota:

A igualdade, tal como era concebida pela Revolução Francesa e no século XIX, era a igualdade de tratamento e se manifestava pela abolição de privilégios de toda espécie; daí o princípio, geralmente admitido desde então nas democracias liberais, da igualdade de todos perante a lei. Mas, hoje, a idéia que se impõe cada vez mais é a de diminuir as desigualdades entre os membros

---

<sup>96</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 86-87.

<sup>97</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 102.

de uma mesma sociedade, [...] concedendo privilégios aos que estão em condições de inferioridade<sup>98</sup>.

O papel do Juiz, na medida em que este não se contenta em apenas aplicar a lei, mas a completa e lhe dá vida, não é decidir o que lhe parece justo pessoalmente, mas sim deve levar em consideração as aspirações do público do qual lhe emana o poder. O ato mais justo será aquele compatível com o maior número de valores e crenças da comunidade em cujo nome o seu poder é exercido<sup>99</sup>. Uma regra é injusta quando constitui um desvio injustificado em relação aos costume e precedentes no seio daquela comunidade analisada. Uma distinção é arbitrária quanto não justificada por meio de interesses públicos da mesma comunidade. E completa:

Um juiz não é um espectador objetivo e desinteressado, cujo julgamento seria justo porque, descrevendo fielmente o que vê, se amoldaria a uma realidade exterior dada. Com efeito, ele não pode contentar-se em deixar os próprios fatos falarem: ele deve tomar posição a respeito deles. O juiz justo será imparcial: não tendo vinculação com nenhum daqueles que lhes submetem seu ponto de vista, aplicará a todos as regras jurídicas prescritas pelo sistema de direito a que pertencem os indivíduos sujeitos à jurisdição. O juiz não é um mero espectador, pois tem uma missão, que é a de dizer o direito: com suas decisões, deve fazer com que se respeitem as normas da comunidade<sup>100</sup>

A existência de um Poder Judiciário independente fornece garantia contra o tratamento desigual daqueles que se encontram na mesma situação jurídica. Porém, quando as situações forem diferentes, compete ao Juiz, na defesa do interesse geral, impedir que os demais poderes não abusem de seu poder discricionário na omissão ou ação que estabeleça tais diferenças. A norma em que o Juiz se inspirará será baseada na prudência e no raciocínio prático, mediante adesão a certos princípios ou valores do consenso da comunidade, cujo critério é freqüentemente utilizado como fundamento da justiça<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 218.

<sup>99</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 191.

<sup>100</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 196.

<sup>101</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 251.

Quanto menos claros e precisos os termos de uma norma, maior a liberdade concedida ao Juiz, pois maior a flexibilidade daquela. Segundo Perelman, o ensinamento tirado do exame das técnicas jurisprudenciais, da maneira pela qual o juiz concilia o respeito ao formalismo com a consideração das conseqüências sociais da interpretação das leis é essencial para esclarecer o papel, em moral, da teoria e da experiência<sup>102</sup>. O elemento moral é de suma importância para o funcionamento do direito, no papel que nele desempenham os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado. Algumas destas regras foram promovidas à categoria de princípios gerais de direito, os quais exprimem valores tradicionais na consciência jurídica de uma comunidade. O crescente trabalho do Juiz na elaboração do direito concreto apresenta-se como o resultado de uma síntese em que se mesclam elementos da vontade do legislador e da construção dos juristas, aqui incluídas considerações de natureza social, política, moral e econômica.

Perelman combate a visão tradicional do direito natural e do juspositivismo. Ele concebe um direito construído sobre os valores, adotando os princípios gerais de direito e os direitos do homem, todos dentro do sistema positivo. O estatismo do prescrito legal é adaptado pelo dinamismo da decisão judiciária.

O autor vê no raciocínio jurídico um meio de justificar a existência de uma lógica específica ao direito, adotada pelos juízes na motivação de suas decisões e que permite levar um litígio a seu termo mediante a exposição de razões aceitáveis, num contexto socio-político, onde pôde situar os limites da verdade material<sup>103</sup>. Os juristas, em síntese, descontentes com a concepção positivista, devem insistir na importância do elemento moral no funcionamento do direito.

---

<sup>102</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 293.

<sup>103</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. p. 480.

### 1.2.2.3 Em outros autores

Kelsen<sup>104</sup> procurou fundar o caráter científico da ciência jurídica, determinando um objeto às normas jurídicas e as conexões de validade entre elas, através da abstração do substrato sociológico do Direito, ou seja, dos conteúdos ético-jurídicos, político-sociais ou político-econômicos. Com isso, Kelsen pretendia garantir a autonomia da ciência jurídica em face da sociologia e da política do Direito. O conhecimento, para Kelsen, resume-se ao conhecimento empírico das coisas ou ao das ciências matemáticas e lógicas (hipotético-dedutivo).

Não se pretende, aqui, aprofundar os fundamentos da Teoria Pura do Direito. Porém, procura-se demonstrar que sua teoria não nega a legitimidade do problema axiológico, mas apenas afirma ser impossível o seu tratamento científico. O filósofo afasta toda questão ética ou política do direito positivo, para considerá-la existente no mundo dos fatos. O direito, para Kelsen, não aponta para as relações sociais, ao poder político ou para os valores éticos, e sim para algo ideal compreendido como validez que resulta do encadeamento regressivo de dever ser, até a norma fundamental. A existência de uma norma jurídica equivale à captação imediata de sua validez, pela razão, conforme uma categoria formal de pensamento jurídico, sem nenhuma exigência de conteúdo.

Por isso, a validade da teoria pura do Direito de Kelsen refere-se apenas a uma validade formal, apresentada por simples definição e que decorre e se traduz na norma fundamental. A ciência jurídica, para ele, diante de sua cientificidade, não se ocuparia nem dos fatos que põem as normas (pertencente à sociologia do Direito) nem da eficácia das mesmas normas, mas apenas das próprias normas. Segundo Kelsen, apenas uma norma pode fundar a validade de outra. A concepção é a de que o direito pertence ao mundo das idéias, onde a idéia de validez é captada imediatamente pela razão, desprezando o mundo dos fenômenos sensíveis.

---

<sup>104</sup> KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Tradução e prefácio de João Baptista Machado. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979, 175 p. A obra corresponde ao Apêndice da 2ª edição alemã, de 1960, da sua obra "Teoria Pura do Direito"

Esta posição é diversa a de Alf Ross<sup>105</sup>, que critica a noção kelseniana de validez jurídica e defenderá uma reconstrução realista desse e de outros conceitos do direito, objetivando um conhecimento empírico dos mesmos. Embora este autor assimile de Kelsen a negação de conhecimento objetivo sobre as questões morais e a importância das normas para caracterizar o direito, por outro lado aceita os critérios de abordagem empírica do conhecimento e propugna pela adoção do princípio da verificação, defendendo que a verdade e a falsidade de uma proposição jurídico-científica depende de sua verificação e contraste na experiência sensível<sup>106</sup>.

Ao tratar da independência da validade da norma positiva relativamente à norma de justiça, Kelsen afirma:

A partir desta idéia, analisemos agora a situação que se apresenta quando falamos de um direito positivo justo ou injusto, quando afirmamos a justiça ou injustiça como qualidade de normas válidas do direito positivo, quando, como se diz, julgamos as normas do direito positivo segundo uma norma de justiça, as valoramos como justas ou injustas tomando por padrão de medida uma norma de justiça e presumindo ao mesmo tempo, contudo, que a validade dessas normas do direito positivo não depende da relação em que se encontrem com a norma de justiça<sup>107</sup> [...] Nesta independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça reside o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico<sup>108</sup> [...] Estes actos podem corresponder à norma de justiça ou contradizê-la. Correspondem à norma de justiça quando a norma que estatuem tem aquele conteúdo que a norma de justiça prescreve; contradizem a norma

---

<sup>105</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Ed Edipro, 2003, 432 p.

<sup>106</sup> Segundo se colhe da obra de ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, o autor, ao pretender partir dos fatos sociais e ao afirmar a validade das normas a partir de sua eficácia, faz pressupor a validade da norma ou normas que prevêm esses fatos. Um direito é válido, para o autor, se estiver baseado em fatos observáveis e segundo o método de verificação empírica. A obra trata da interpretação realista do direito, em caráter empirista. Ross procura superar a dicotomia entre validade e realidade, ao descartar a idéia de uma validez específica e racionalmente subsistente, seja como idéia material axiológica (justiça), seja como categoria formal de dever ser (validade). Sua teoria é denominada de realismo normativista. Segundo ele, a ciência jurídica deve sustentar que o direito é um fato social cuja existência e descrição somente podem ser equacionadas em termos fáticos e empíricos, sem necessidade de se recorrer a princípios morais. Ele subtrai qualquer pensamento de índole metafísica.

<sup>107</sup> KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. p. 06

<sup>108</sup> KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. p. 06-07.

de justiça quando a norma que estabelecem tem o conteúdo oposto<sup>109</sup>

Segundo Kelsen, é a lei que fixa o direito positivo, e a justiça ou a injustiça pode corresponder ao ato legislativo, mas deve ser diferenciada do valor jurídico das normas do direito positivo. Assim, quando se põe a questão de saber se o sentido subjetivo do ato deve também ser considerado como seu sentido objetivo, no sentido de que foi posto de conformidade com a norma fundamental da ordem jurídica, a norma de justiça não pode ser considerada como válida ao mesmo tempo que a norma jurídica positiva. E esclarece o autor:

Se a estatuição da norma do direito positivo corresponde à norma de justiça, então o valor jurídico constituído por aquela coincide com o valor de justiça constituído por esta. Diz-se, neste caso, que a norma do direito positivo é justa. Se a estatuição da norma do direito positivo contraria a norma de justiça, valor de justiça e valor jurídico não coincidem; diz-se então que a norma do direito positiva é injusta. No entanto, a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidade de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são – ou não são imediatamente, pelo menos – qualidades desta norma, mas qualidades do acto pelo qual ela é posta, do acto de que ela é o respectivo sentido<sup>110</sup>.

Portanto, do ponto de vista de uma norma de justiça considerada como válida, não pode ser considerada válida uma norma do direito positivo que a contradiga, assim como, do ponto de vista de uma norma do direito positivo tida como válida, não pode ser considerada válida uma norma de justiça que a contrarie. Quando está em questão a validade de uma norma do direito positivo, temos que abstrair da validade de uma norma de justiça que a contradiga; quando está em questão a validade de uma norma de

---

<sup>109</sup> KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. p. 07

<sup>110</sup> KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. p. 08

justiça, temos de abstrair da validade de uma norma do direito positivo que se lhe oponha<sup>111</sup>.

Em síntese, Kelsen afirma que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça, embora admita que as duas normas são consideradas como simultaneamente válidas. Trata-se do problema de conciliar as noções de justiça formal e justiça material.

Tal como apresentado por Perelman, Kelsen não nega, implicitamente, que a idéia de igualdade constitui um das idéias essenciais da noção de justiça. Porém, olvida que um tratamento igual, baseado na validade formal de uma norma, pode ser também injusto, ofendendo a sua validade material.

Doravante, porque já apresentadas algumas considerações, em alguns estudiosos, sobre a categoria Ética, são delineados alguns conceitos operacionais sobre as categorias Moral, Ética, Política e Direito, de modo a fazer algumas correlações necessárias para o prosseguimento deste trabalho.

Abbagnano, em seu “Dicionário de Filosofia”, apresenta os seguintes conceitos:

**Ética** Em geral, ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência. 1ª a que a considera como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; 2ª a que a considera como ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta<sup>112</sup>

**Moral** Objeto da ética, conduta dirigida ou disciplinada por normas, conjunto dos *mores*<sup>113</sup>

**Direito** Em sentido geral e fundamental, é a técnica da coexistência humana, isto é, a técnica que visa a possibilitar a

---

<sup>111</sup> KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. p. 09.

<sup>112</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 380.

<sup>113</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 682.

coexistência dos homens. Como técnica, o Direito se concretiza segundo regras (nesse caso, leis ou normas) que têm por objeto o comportamento inter-subjetivo, ou seja, o comportamento dos homens entre si<sup>114</sup>

**Política** Com esse nome foram designadas várias coisas, mais precisamente: 1ª a doutrina do direito e da moral; 2ª a teoria do Estado; 3ª a arte ou a ciência do governo; 4ª o estudo dos comportamentos intersubjetivos<sup>115</sup>

Indispensável angariar-se, novamente, dos ensinamentos de Melo, em seu “Dicionário de Política Jurídica”, para as mesmas categorias supra citadas:

**Ética** Significante polissêmico cujos significados variam desde o de ciência da conduta até o de moral, tout court. Como categoria de Política Jurídica, é o valor fundamental da conduta humana<sup>116</sup>

**Moral** 1. Conjunto de princípios e de padrões de conduta de um indivíduo, de um grupo ou de uma coletividade. 2. Conjunto de regras decorrentes dos costumes e da recepção das virtudes valoradas pelo grupo social. ImproPRIAMENTE a palavra é usada como sinônimo de Ética<sup>117</sup>

**Direito** 1. Complexo de princípios e normas comprometidos com os valores sociais, que o Estado torna incondicionais e coercitivos para regular a convivência social. 2. Ordenamento jurídico de um Estado. 3. Subjetivamente considerado (facultas agendi), é o interesse protegido pela lei, ou seja, a faculdade de agir e praticar ato lícito ou ainda de exigir que alguém pratique determinado ato

---

<sup>114</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 278.

<sup>115</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 773.

<sup>116</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 39.

<sup>117</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica** p. 65.

ou dele se abstenha. 4. No plural, o mesmo que direitos subjetivos<sup>118</sup>

**Política** 1. Estudo sistemático das coisas do Estado. 2. Estudo das formas de Poder nas relações humanas. 3. Usada a palavra como um atributivo, teremos uma expressão que denota um conjunto de meios ou de estratégias visando um fim (Política da Educação, Política do Poder, Política do Direito, etc)<sup>119</sup>

Cesar Luiz Pasold, em recente obra<sup>120</sup>, apresenta duas dimensões sobre o estudo da Ética em Bobbio: a Ética Pessoal e a das suas Recomendações Axiológicas para a melhor Vida em Coletividade<sup>121</sup>. Embora não seja pretensão deste trabalho apresentar reflexões sobre Bobbio, colhe-se em brevíssima síntese de sua obra, na primeira parte, que Pasold apresenta sua Ética Pessoal, através de suas posições pessoais e de pesquisador, jurista, filósofo e intelectual. Na segunda, o autor afirma que dois pontos primordiais, segundo Bobbio, deveriam conduzir a vida do cidadão e uma cartilha axiológica para os governantes, respectivamente: a) o dever de respeitar e tolerar os outros; b) o dever de realizar o bem comum e não o bem individual<sup>122</sup>.

Pasold também apresenta e delimita uma matriz conceitual própria para as categorias Ética e Moral<sup>123</sup>, e Direito, a fim de apresentar, em seguida, as matrizes éticas na vida, na obra e no trabalho de Bobbio. Segundo o autor, Moral é “uma disposição subjetiva de determinação do que é correto e do que é incorreto e, sob tal pressuposto, estabelecer-se uma noção própria do Bem e do Mal”<sup>124</sup>

Para o autor, a categoria Ética é

<sup>118</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica** p. 30.

<sup>119</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**, p. 76-77.

<sup>120</sup> PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Ed Conceito Editorial, 2008, 312 p.

<sup>121</sup> PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. p. 283.

<sup>122</sup> PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. p. 286.

<sup>123</sup> PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. p. 24, afirma que as categorias Ética e Moral são inconfundíveis entre si.

<sup>124</sup> PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. p. 25.

a atribuição [subjéitiva] de valor ou importância a pessoas, condições e comportamentos e, sob tal dimensão, é estabelecida uma noção específica de Bem a ser alcançado em determinadas realidades concretas, sejam as institucionais ou sejam as históricas<sup>125</sup>

E Direito, segundo Pasold, é

O elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que sejam asseguradas adequadamente a organização das relações humanas e a justa convivência, tendo a Sociedade conferido ao Estado o necessário poder coercitivo para a preservação da ordem jurídica e a realização da Justiça.<sup>126</sup>

Uma obra que também estudou a categoria “Ética” é a de Vázquez<sup>127</sup>, sob o mesmo título. O autor estuda a idéia de que a ética deve ter suas raízes no fato da moral, como sistema de regulamentação das relações entre os indivíduos ou entre estes e a comunidade. A ética seria uma teoria da moral, uma reflexão sobre o comportamento prático do homem. O objeto da Ética, segundo ele, é a Moral.

Eis os dois conceitos operacionais para as categorias Ética e Moral segundo Vázquez:

**Ética.** É a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Ou seja, é ciência de uma forma específica de comportamento humano<sup>128</sup>

**Moral.** vem do latim *mos ou mores*, ‘*costume*’ ou ‘*costumes*’, no sentido de conjunto de normas ou regras adquiridas por hábito. A

<sup>125</sup> PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. p. 26

<sup>126</sup> PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. p. 26.

<sup>127</sup> VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2006.

<sup>128</sup> VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**., p. 23.

moral se refere, assim, ao comportamento adquirido ou pelo modo de ser conquistado pelo homem<sup>129</sup>

Os conceitos operacionais aqui citados, de Vázquez, representam teoria já ultrapassada, pois os problemas éticos, para o autor, caracterizam-se por sua generalidade, e isto os distingue dos problemas morais da vida cotidiana – os das situações concretas. A ética, para ele é teoria, investigação ou explicação de um tipo de experiência humana – a moral, considerada na sua totalidade e diversidade.

Como se pode observar, do supra exposto colhem-se duas correntes para a categoria Ética, sendo uma delas a de que ela é uma ciência da moral. Adota-se aqui, como compromisso de conceito operacional da categoria, a posição de Melo, para quem que a Ética é um valor fundamental da conduta, é um agir fundamentado na moral. Segundo o mesmo autor, a moral é um conjunto de princípios que vai se formando na vida da pessoa a partir de suas experiências; são valores interiorizados, ao passo que a Ética tem por objeto o dever de alteridade<sup>130</sup>, ou seja, a preocupação com o outro. A Moral não se exterioriza; a Ética é ação.

Da leitura de Vázquez, e pela redução da Ética como ciência da moral, não se percebe o fenômeno ético na vida do Direito. Se a ética é valor fundamentado na concretude das relações humanas, e se a função jurisdicional, no Estado Social contemporâneo, não confunde mais as categorias direito e norma, de modo a alargar o conceito daquela para a consagração de valores universais, fundamentais ao homem, possui razão Melo ao apontar a confusão existentes entre as categorias Ética e Moral. A Ética e o Direito passaram a conviver, sendo aquela um novo fundamento à atividade jurisdicional.

Adota-se, para o presente trabalho, porque concordantes ao pensamento da autora, os conceitos operacionais apresentados por Melo.

A decisão judicial será pautada pela eticidade se e quando exteriorizada pelo agir moralmente correto, com fundamento nos valores destinados a alcançar um Direito melhor, pautados pelo mínimo de “auto-respeito

---

<sup>129</sup> VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. p. 24.

<sup>130</sup> Segundo ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. p. 34, “alteridade” é “ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro”.

e de reconhecimento recíproco da dignidade de cada um, no relacionamento entre si e de todos com a Natureza”<sup>131</sup>, o que é denominado por Melo de Ética de convivência<sup>132</sup>.

No capítulo II da obra “Fundamentos da Política Jurídica”, pilar para o presente estudo, Melo, ao tratar dos referenciais teóricos da Política Jurídica, mais especificadamente sobre as questões de natureza ideológica, sobre a interação necessária entre Ética e Política. Discorre que esta última, comprometida mais com os fins a alcançar, desdenhou, ao longo de sua história, para com a ética dos meios, o que parece inaceitável para o Direito e à Moral. Sustenta que “embora estejam igualmente interessados na práxis humana, a Moral e o Direito partem de sentimentos e idéias comprometidos com o dever ser, e a Política, de regras pragmáticas que garantam o resultado preconizado”<sup>133</sup>.

A justificação dos meios pelos fins, fortemente ainda utilizada nas ações administrativas, não pode ser o paradigma das sociedades que ganham autonomia e firmam práticas democráticas. A ação, ou seja, o meio para o alcance de um resultado, necessita ser pautada por um comprometimento ético, responsável e comprometido com as necessidades do homem.

As três categorias – Ética, Moral e Direito possuem objeto diferenciado. A Moral se forma a partir das experiências de cada um; a Ética tem como objeto a alteridade e é um agir fundamentado na Moral; o Direito tem como objeto, enquanto ciência, a descrição da norma. Todas as categorias, porém, são instrumentos indispensáveis à atuação do político do direito. Não se pode negar que, ao falar em Ética, fala-se em ação. Ao correlacionar-se Ética e Direito, naturalmente exsurge a Política Jurídica. Segundo uma das máximas extraídas de Melo, da obra “Fundamentos da Política Jurídica”, “CABE À ÉTICA DECIDIR O QUE É MORALMENTE CORRETO; AO DIREITO O QUE É RACIONALMENTE

---

<sup>131</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 63.

<sup>132</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 39, apresenta o seguinte conceito operacional: “**Ética de convivência**: 1. Fim buscado pela Política Jurídica e pela Justiça Política, que se exterioriza pelo agir moralmente correto. 2. Característica indispensável de qualquer estratégia político-jurídica, não só com relação aos fins, mas também com os meios utilizados”.

<sup>133</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 57.

JUSTO; E À POLÍTICA SOBRE O QUE SEJA SOCIALMENTE ÚTIL”<sup>134</sup> (grifos desta autora).

O discurso ético é o único capaz de iluminar a ação humana, e da mesma forma, a ação do político do direito, que objetiva mediante técnica legislativa e judiciária a prática de interesses manifestados no imaginário social, que busca a validade material da norma através de estratégias jurídico-políticas compromissadas com necessidades sociais.

### **1.2.3 Ética de consciência e ética de responsabilidade: a função jurisdicional e o papel corretivo da Política Jurídica no cumprimento dos princípios éticos**

A Deontologia Jurídica é área específica da Ética, respaldada pelo Direito. Faz assim a intermediação de ambas as categorias, e se revela por normas técnicas referentes à profissão, essencialmente éticas em sua essência e jurídicas na sua forma e prática. Volnei Ivo Carlin, em sua obra “Deontologia Jurídica”, assinala sobre a categoria deontologia:

ela opera, por excelência, no campo profissional. Requer normas reagrupadas em textos, estatutos ou códigos, exigindo, em seu estudo, noções de disciplina, falta e sanção, entendidas, coletivamente, posto que destinadas ao conjunto da profissão. Não raro ela se acha utilizada para designar ética profissional ou a moral do exercício de uma profissão, resultado da reflexão dos profissionais sobre sua prática<sup>135</sup>.

O mesmo autor afirma que, embora a deontologia opere no campo da norma profissional, a ética está vinculada ao valor e à identidade profissional, e preocupar-se com ela equivale a interrogar a própria consciência<sup>136</sup>. As leis não podem ser consideradas como insuficientes aos fatos, mas devem ser lidas através destes, e “esgotá-los, segui-los, inclinar-se em

---

<sup>134</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 58-59.

<sup>135</sup> CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica**. Florianópolis: OAB Editora. 2005, 3ª ed, p. 33.

frente a eles, submeter-se, enfim, sem reserva, aos mesmos”<sup>137</sup>. Porém, a justiça de resultado depende da honestidade, a qual consistiria “na eliminação dos argumentos artificiais que fazem a lei expressar aquilo que ela não diz ou, mais raramente, não lhe faz dizer aquilo que ela diz”<sup>138</sup>. O campo de operação do juiz seria a sua vinculação aos deveres – princípios deontológicos, e desafios éticos na tomada da decisão (pelo justo ou pelo legal)<sup>139</sup>.

Melo<sup>140</sup> afirma que dentre as várias possibilidades da Política Jurídica, ou seja, na sua função de mediadora da Política e do Direito, sua atuação se dá em três dimensões: a epistemológica, a ideológica e a operacional. Na primeira, seu papel é crítico porque suscita dúvidas quanto às certezas apontadas pela pretensa racionalidade do positivismo jurídico, redimensionando a visão tradicional das fontes do Direito e buscando nas práticas sociais os seus fundamentos. Os valores justiça e utilidade fundamentam-se nos conteúdos éticos buscados no seio cultural da sociedade.

O referencial ideológico da Política Jurídica seria buscado através do conceito de utopia como força transformadora da criatividade, com predições de novas realidades possíveis. A Política Jurídica realiza utopias<sup>141</sup> e esperanças, pois se põe a serviço de uma estratégia de mudança, não de uma sociedade perfeita, mas de modificações possíveis. A função transformadora das utopias político-sociais não se confundem com as utopias literárias, mas “partem da transgressão dos modelos instituídos e ganham força de transformação da realidade vivida”<sup>142</sup>, e possuem importância fundamental para a tarefa corretiva e criativa da Política Jurídica. Dentro da dimensão ideológica é que se dá a convivência entre Ética e Política, na medida em que os meios desta última sejam

---

<sup>136</sup> CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica**. p. 34-35.

<sup>137</sup> CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica**. p. 119.

<sup>138</sup> CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica**. p. 120-121.

<sup>139</sup> CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica**. p. 123.

<sup>140</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 70-71.

<sup>141</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 96, esclarece o conceito operacional: “**Utopia**. 1. No sentido filosófico, uma ideologia posta em ação, com vistas ao alcance da situação melhor possível. 2. No sentido utilizado da Política Jurídica, todo projeto de transformação e mudança como projeção de como deva ser a convivência humana e qual o direito que possa garantir a situação desejada”

<sup>142</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 56.

iluminados pela primeira. A legitimação para a justificação do poder somente se dá pelo apontamento da “ética de responsabilidade, a qual nos levará ao lugar da tolerância, do pluralismo e do respeito ao outro, ou seja o lugar da estética da convivência”<sup>143</sup>.

Finalmente, a terceira dimensão da Política Jurídica é a operacional, relacionada ao agir resultante de uma atividade criativa, a qual será o “sopro vivificador que deve bafejar os sistemas dogmáticos”<sup>144</sup>. A justificação dos processos de elaboração, justificação e principalmente de aplicação da norma confere à Política Jurídica uma função corretiva, direcionada às reais necessidades do viver, em atendimento às necessidades humanas básicas, através de uma postura humanista e solidária.

Ao passo que na Política, conforme precedentemente mencionado, uma ação pode ser justificada pelo seu resultado, o mesmo não vale para o julgamento moral, no qual uma ação, para que seja julgada boa, deve ser praticada com a finalidade de cumprir o próprio dever. Neste aspecto, relativamente à relação entre a Política e a Moral, Bobbio, em seu já invocado “Dicionário de Política”, afirma:

Uma das mais convincentes interpretações desta oposição é a distinção weberiana entre ética de convicção e ética de responsabilidade: ‘... há uma diferença insuperável entre o agir segundo a máxima da ética da convicção, que em termos religiosos soa assim: ‘o cristão age como justo e deixa o resultado nas mãos de Deus’, e o agir segundo a máxima da ética da responsabilidade, conforme a qual é preciso responder pelas conseqüências previsíveis das próprias ações (*La politica come professione, in Il Lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1948, p. 142). O universo da moral e da política movem-se no âmbito de dois sistemas éticos diferentes e até mesmo contrapostos. Mais que imoralidade da Política e da impoliticidade da moral se deveria mais corretamente falar de dois universos éticos que se movem segundo princípios diversos, de acordo com as diversas situações em que os homens se encontram e agem. Destes dois universos éticos são representantes outros tantos personagens diferentes que atuam no mundo seguindo caminhos

---

<sup>143</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 71.

<sup>144</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 72.

quase sempre destinados a não se encontrarem: de um lado está o homem da fé [...], do outro, o homem de Estado. [...] A chamada imoralidade da Política assenta, bem vistas as coisas, numa moral diferente da do dever pelo dever: é a moral pela qual devemos fazer tudo o que está ao nosso alcance para realizar o fim que nos propusemos, pois sabemos, desde início, que seremos julgados com base no sucesso<sup>145</sup>.

A teoria de Weber apresenta então uma distinção entre ética de consciência, que se limita à criação interna das normas de como proceder, confundindo-se com a moral; e a ética de responsabilidade, que só existe no agir é vista no meio social, sustentando a tarefa da Política Jurídica.

A função jurisdicional, a atuação do magistrado, fulcrado na ética da responsabilidade, defende princípios como a tolerância, o pluralismo, o respeito ao outro, a justiça e a solidariedade. A moral não se exterioriza, mas a ética é ação, uma relação de alteridade, baseada na dialética de direitos e deveres.

Os deveres ou princípios éticos<sup>146</sup> decorrem do fato de se fundar na dignidade da pessoa humana<sup>147</sup>, reconhecida como paradigma supremo de toda a vida social. A conhecida tríade liberdade, igualdade e fraternidade, revisitada na nova missão jurisdicional baseada na ética da responsabilidade, reconhece na fraternidade um princípio ético, também chamado de solidariedade, mas sem conotação religiosa. Se a liberdade e a igualdade surgem como direitos políticos, típicos da criação do Estado Moderno, os direitos da solidariedade são um novo paradigma dos princípios éticos, e vão além do princípio da justiça, no sentido de defender o que é comum à toda a sociedade – os já citados direitos fundamentais<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 961.

<sup>146</sup> Princípios éticos, segundo COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno**. São Paulo: Ed Companhia das Letras, 2006, p. 520, são “normas objetivas, sempre correlacionadas a virtudes subjetivas. São normas teleológicas, que apontam para um objetivo final do comportamento humano, ao qual devem se adequar os meios ou instrumentos utilizados. São normas de conteúdo axiológico, cujo sentido é sempre dado pelos grandes valores éticos”.

<sup>147</sup> A categoria “dignidade da pessoa humana” será apresentada no 2º capítulo deste trabalho

<sup>148</sup> A categoria “direitos fundamentais” também será abordada no 2º capítulo do presente estudo.

Comparato assinala:

A solidariedade não diz respeito, portanto, a uma unidade isolada, nem a uma proporção entre duas ou mais unidades, mas à relação de todas as partes de um todo, entre si e cada uma perante o conjunto de todas elas. São de cunho solidário não só o conjunto das relações interindividuais dos cidadãos na sociedade política, e dos povos na cena internacional, mas também a relação do Estado com qualquer cidadão ou grupo de cidadãos<sup>149</sup>.

E conclui:

O vínculo de solidariedade entre todos os que compõem politicamente o mesmo povo de um Estado determinado está na origem do conjunto dos direitos fundamentais de natureza econômica, social e cultural. O titular desses direitos é o ser humano abstrato<sup>150</sup>.

Importantes discussões são travadas, quanto ao papel da Política Jurídica, no tocante à proteção do princípio da segurança jurídica<sup>151</sup>. Define-se por “segurança jurídica” o “estado de garantia legal assegurado ao titular de um direito cujo exercício fica protegido”<sup>152</sup>. É fundamento do Estado de Direito e objetivo imediato da Dogmática Jurídica.

A prática judiciária ocorre de maneira diversa da Dogmática Jurídica. A obediência a procedimentos e a complexidade da engrenagem da dicção do direito conferem à segurança jurídica a concepção de uma moeda de duas faces. Melo afirma numa delas está gravada a preocupação com os fins políticos, com a paz social, cujos objetivos se confundem com os do Estado. Noutra há a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos garantidos pela ordem jurídica sejam efetivos. E isso, assinala o autor, é

---

<sup>149</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno** p. 577.

<sup>150</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno**. p. 579.

<sup>151</sup> Esta categoria não é objetivo específico deste estudo, pretendendo-se apenas introduzir algumas considerações sobre sua posição perante a Política Jurídica.

<sup>152</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 87.

muito mais complexo do que os acenos de segurança que é feito pela Dogmática Jurídica através da processualística<sup>153</sup>. E completa:

Quando se trata de segurança jurídica individual, não basta que a lei hipotética e abstratamente garanta o direito de exigibilidade só porque estabeleça a hipótese de sanções. É preciso que os instrumentos coercitivos do Estado sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada. Mas, como já nos referimos, o próprio processo com suas armadilhas procedimentais, verdadeiras areias movediças no que concerne a prazos, exceções, prescrições e uma paradoxal 'finalística das preliminares', pode fazer com que o exercício da exigibilidade se torne uma terrível frustração para o sujeito de direito<sup>154</sup>.

A Política Jurídica visa afastar a idéia de que a norma se esgota em sua validade formal, e pretende conformá-la com os valores justiça e utilidade social, sustentáculos da sua validade material. Uma norma ou um processo que não assegure tais valores e não tenha preocupação com os direitos humanos fundamentais, com a alteridade, com o dever de solidariedade, será politicamente ilegítima. Com isso, se a confiança dos homens no legislador, no Juiz e no Direito "encontrar razões para se firmar, o próprio valor segurança, tão caro ao Estado, estará garantido em bases racionais e legitimado ideologicamente pela adesão da sociedade"<sup>155</sup>.

O direito deve ser o instrumento da realização da justiça. O juiz não cria o direito à margem da norma jurídica, mas através dela. A correção deste rumo depende para a superação das contradições existentes entre os reais e legítimos anseios da sociedade e direitos individuais.

Jaime Ramos, em artigo intitulado "Justiça e Segurança Jurídica", afirma que a segurança jurídica, como um dos ideais do Direito, ao lado da justiça e do bem comum, também é um valor ético jurídico e importa na

---

<sup>153</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 38.

<sup>154</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 38.

<sup>155</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 46.

certeza e na estabilidade do Direito, com vistas à pacificação social<sup>156</sup>. E anota que:

Tão importante é a segurança jurídica agasalhada pelo Estado Democrático de Direito, que a Constituição destina a este a garantia do exercício de todos os direitos fundamentais do homem, notadamente os direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (art. 1º). Com isso, a segurança jurídica só pode advir de normas jurídicas e decisões judiciais que privilegiem o respeito à Constituição, em todos os seus dispositivos e distribuam sempre a justiça [...]. Compete à jurisprudência a conciliação entre justiça e segurança jurídica, esses dois valores ideais e fundamentais do Direito, que hão de coexistir sempre. [...] É assim que o Direito como ele é, se conhece e deve ser, no seu agir deontológico sobre os fenômenos jurídicos, exerce o controle social, pacifica os conflitos e realiza os ideais de justiça e segurança jurídica, para a felicidade do povo de um Estado e, por conseguinte, o bem comum. Sem embargo do resgate, no campo social, da tolerância, do respeito, da democracia, da prudência, do bom senso e da comiseração para com os menos favorecidos, a fim de proporcionar a justiça social que todos almejam e a Constituição exige<sup>157</sup>.

Em suma, incumbe ao Juiz respeitar os direitos básicos e elementares dos seres humanos, os direitos fundamentais, e dentre eles, o da moradia, conforme será visto no próximo capítulo. Com isso, a segurança jurídica estará resguardada, porque fulcrada na paz social decorrente da obediência à Constituição.

---

<sup>156</sup> RAMOS, Jaime. Justiça e segurança jurídica. In ABREU, Pedro Manoel et al. **Direito e Processo**. Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Ed. Conceito Editorial, 2007, p. 205.

<sup>157</sup> RAMOS, Jaime. Justiça e segurança jurídica apud ABREU, Pedro Manoel et alli. **Direito e Processo**. Op cit, p. 206 e 208.

## CAPÍTULO 2

### INFORMALIDADE, POSSE E MORADIA EM ÁREAS URBANAS

#### 2.1 INFORMALIDADE URBANA E MORADIA: O CENÁRIO BRASILEIRO

##### 2.1.1 Notas introdutórias sobre a informalidade urbana no Brasil

A compreensão do processo de produção informal das cidades passa por causas históricas e implicações sociais, econômicas, ambientais, culturais e jurídicas. As grandes metrópoles brasileiras são exemplo marcante da desorganização da massa populacional que ocupou todos os espaços disponíveis da cidade, cujos modelos são os mais diversos diante da heterogeneidade de situações de cada local. As mais comuns são aquelas ocupações informais em áreas públicas e privadas, como as favelas, vilas, cortiços, ocupações ribeirinhas, e pela compra de lotes ou casas em loteamentos clandestinos e irregulares. Muitos dos conjuntos habitacionais do Brasil são irregulares. Em comum entre eles, há a falta de infra-estrutura urbanística e ambiental, de serviços públicos, e a precariedade das construções.

Raquel Rolnik<sup>158</sup> explica:

Embora não exista uma apreciação segura do número total de famílias e domicílios instalados em favelas, loteamentos e conjuntos habitacionais irregulares, loteamentos clandestinos e outras formas de assentamentos marcados por alguma forma de irregularidade administrativa e patrimonial, é possível afirmar que o fenômeno está presente na maior parte da rede urbana brasileira. A pesquisa Perfil Municipal (MUNIC – IBGE 2000) revela a presença de assentamentos irregulares em quase 100% das cidades com mais de 500.000 habitantes, 80% das cidades entre 100.000 e 500.000. Até nos municípios com menos de 20.000 habitantes, os assentamentos informais aparecem em mais de 30% dos casos. Estimativas realizadas pelo Ministério das

---

<sup>158</sup> ROLNIK, Raquel et al. Apresentação. In **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, 224 p, p. 08.

Cidades, a partir de cruzamentos de dados censitários indicam que mais de 12 milhões de domicílios, habitados por famílias com renda mensal de até 5 salários mínimos, se encontram nesta condição.

Como consequência do grande contingente de assentamentos irregulares na cidade, os quais não existem nos mapas, cadastros das prefeituras e concessionárias de serviços públicos, a consolidação do modelo de exclusão territorial impede o acesso dos mais pobres às oportunidades econômicas e ao desenvolvimento humano, condenando a cidade em perdas ambientais e sociais cada vez mais graves.

Segundo dados colhidos pelo Ministério das Cidades<sup>159</sup>,

As cidades brasileiras abrigavam, há menos de um século, 10% da população nacional. Atualmente são 82%. Incharam, num processo perverso de exclusão e de desigualdade. Como resultado, 6,6 milhões de famílias não possuem moradia, 11% dos domicílios urbanos não têm acesso ao sistema de abastecimento de água potável e quase 50% não estão ligados às redes coletoras de esgotamento sanitário. Em municípios de todos os portes, multiplicam-se as favelas. A evidente prioridade conferida ao transporte individual em detrimento do coletivo tem resultado em cidades congestionadas de tráfego e em prejuízos estimados em centenas de milhões de reais.

O processo incessante de urbanização e a especulação imobiliária crescem de forma proporcional ao de proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano, no qual milhões de brasileiros não conseguem ter acesso ao solo urbano e à moradia se não através de mecanismos informais e ilegais. Não se pretende, com isso, impor às camadas menos favorecidas da população responsabilidade integral por esta situação, já que as taxas de crescimento informal são hoje mais significativas do que as taxas de crescimento da pobreza social e, não necessariamente, uma decorre da outra, eis que camadas privilegiadas da sociedade também vêm externando tais práticas, através dos conhecidos “condomínios fechados”, os quais fecham

---

<sup>159</sup> Disponível em <http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades>. Acesso em 02.09.08

acesso aos sistemas viários, às praias, e são uma resposta à incessante insegurança e aumento da criminalidade no Brasil.

A isso, ainda, soma-se o fato da extrema burocracia existente para aprovação regular de um loteamento, os quais por vezes duram anos, e acabam por levar à “opção” pela clandestinidade.

Neste sentido, o entendimento de Edésio Fernandes<sup>160</sup>:

Os assentamentos informais – e a conseqüente falta de segurança da posse, vulnerabilidade política e baixa qualidade de vida dos seus ocupantes que lhes são características – resultam não somente do padrão excludente dos processos de desenvolvimento, planejamento e gestão das áreas urbanas, mas também da natureza da ordem jurídica em vigor. Ao longo do processo de urbanização intensiva, mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas e regimes jurídicos elitistas não têm oferecido condições suficientes, adequadas e acessíveis de acesso à terra urbana e à moradia, para os grupos sociais mais pobres, assim provocando a ocupação irregular e inadequada do meio ambiente urbano.

Diante deste círculo, e porque a informalidade urbana existe hoje tanto em grandes centros, cidades de porte médio e cidades pequenas, não há uma exata compreensão entre os estudiosos sobre as suas causas e implicações. O seu custo é pago por toda a sociedade, diante da ineficiência econômica, dos gastos com implantação de serviços e equipamentos, e a degradação ambiental. De outro lado, por parte dos moradores de assentamentos ilegais, o custo é pago inclusive com a própria vida, diante da precariedade das moradias nas áreas de risco, com o fito de procurar reduzir a zero o custo da moradia e aumentar o tempo de lazer. É a variável-chave da qualidade de vida. A mobilidade territorial da pobreza, no Brasil, decorre da busca pela sobrevivência, donde a favelização abriga pessoas de todo o Brasil, em todos os locais, acompanhando o crescimento do processo de expansão da cidade.

---

<sup>160</sup> FERNANDES, Edesio. Regularização de Assentamentos Informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. In ROLNIK, Raquel. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, 224 p, p. 18.

Adauto Cardoso<sup>161</sup> explica que a dimensão acentuada do problema da irregularidade no Brasil chega a percentuais que variam em torno de 40 a 70% do parque imobiliário existente, mas ressalva que estes números devem ser analisados tendo-se em referência algumas questões: as diferentes formas de irregularidade, as características da população que mora irregularmente e as causas do fenômeno da irregularidade<sup>162</sup>. E afirma, quanto ao primeiro tópico:

A partir da literatura existente, e dos resultados da pesquisa, pode-se sugerir a existência dos seguintes tipos:

A irregularidade da propriedade – da terra ou do imóvel, como resultado de processos de ocupação de terra ou de ocupação de imóveis construídos.

A irregularidade parcial ou inadequação da documentação de propriedade existente, que não configure processos de ocupação mas que apresentam problemas de registro ou assemelhados.

A irregularidade de processos de produção de loteamentos (diferenciando-se os clandestinos – aqueles que não contam com processo de licenciamento na Prefeitura; e irregulares – aqueles que não apresentam problemas na tramitação do processo de licenciamento, sem conclusão efetiva)

A irregularidade da edificação, por sua inadequação à legislação urbanística (e que também pode ser diferenciada entre edificações clandestinas – aquelas que não contam com processo de licenciamento na prefeitura; e irregulares – aquelas que apresentam problemas na tramitação do processo de licenciamento, sem conclusão efetiva).

---

<sup>161</sup> CARDOSO, Adauto. Irregularidade Urbanística: questionando algumas hipóteses. **Ministério das Cidades**. Disponível em <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacaofundiaria/textos-diversos/AdautoLucioCardoso.pdf/view.>, p. 01 Acesso em 02.09.08

<sup>162</sup> Adotar-se-á como conceito operacional de irregularidade, no presente estudo, a diversidade de situações já elencadas, eis que inseridas na problemática da posse em áreas urbanas. Sobre o conceito operacional de regularização fundiária, remete-se ao tópico n. 2.3. do presente trabalho.

Outro tipo, complementar, refere-se aos casos de superposição dos diferentes tipos de irregularidade, fundiárias e edilícias

Todo o exposto é resultado da falta de capacidade do Poder Público em controlar, fiscalizar e implementar normas urbanísticas e fundiárias. Aquele autor ainda esclarece que uma primeira constatação assustadora é a de que, em depoimento prestado por técnicos encarregados do controle urbanístico, ratificada por resultados encontrados, a principal irregularidade refere-se à “ausência de licença”, ou seja, a clandestinidade, o que confirma o desconhecimento da população como principal causa da irregularidade, pois se urbaniza ou se constrói sem conhecimento da legislação, da importância da licença para construção e do habite-se<sup>163</sup>.

São muitas as formas de irregularidade, cujas especificidades se referem às formas de aquisição da posse ou da propriedade e aos diferentes modos de consolidação dos assentamentos, os quais podem ocorrer, como visto, em áreas loteadas e ainda não ocupadas, áreas alagadas, áreas de preservação ambiental e áreas de risco<sup>164</sup>

A questão é de tamanha importância que, como resultado da dificuldade de implementação das leis em vigor devido à falta de informação e

---

<sup>163</sup> CARDOSO, Adauto. Irregularidade Urbanística: questionando algumas hipóteses. **Ministério das Cidades**. Disponível em <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacaofundiaria/textos-diversos/AdautoLucioCardoso.pdf/view.>, p. 02-03. Acesso em 02.09.08

<sup>164</sup> COSTA, Fernanda Carolina Vieira da. Os tipos de irregularidade fundiária, a diversidade de situações e as peculiaridades. In **Regularização da Terra e Moradia. O que é e como implementar**. Cartilha distribuída ao alunos do curso de Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos, da PUC Minas Virtual, 2006. Gráfica da Caixa., 2002, p. 14. A autora esclarece os seguintes tipos de ocupações irregulares:

“ÁREAS LOTEADAS E AINDA NÃO OCUPADAS. Muitas vezes se desconhece o traçado oficial do loteamento, ocupando-se áreas destinadas para ruas, áreas verdes e equipamentos comunitários. Também é comum as casas serem construídas em desconformidade com a divisão dos lotes.

ÁREAS ALAGADAS. Muitas cidades no Brasil foram tomadas às águas. É comum o aterramento de grandes áreas de manguezal ou charco. Geralmente essas áreas são terrenos de marinha ou acrescidos de marinha (terrenos da União, em faixas litorâneas), aforados ou não a particulares.

ÁREAS DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. As áreas mais atingidas são as áreas de mananciais e as margens de rios e canais, mas existem inúmeras ocupações em serras, restingas, dunas e mangues.

ÁREAS DE RISCO. A baixa oferta de lotes e casas para os pobres faz com que ocorram ocupações em terrenos de altas declividades, sob redes de alta tensão, ou nas faixas de domínio de rodovias, gasodutos e troncos de distribuição de água ou colega de esgotos”

conhecimento jurídico, aliado ao difícil acesso ao Poder Judiciário para o reconhecimento dos interesses sociais e ambientais, que em 1º de janeiro de 2003, através da Medida Provisória n. 103, depois convertida na Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, foi criado no Brasil o Ministério das Cidades, cuja missão é “combater as desigualdades sociais, transformando as cidades em espaços mais humanizados, ampliando o acesso da população à moradia, ao saneamento e ao transporte”<sup>165</sup>.

A tolerância à informalidade urbana depende de uma nova visão de todos os atores sociais, aqui incluído especialmente o Poder Judiciário, no sentido de conferir aos mais desprovidos condições mais dignas e aceitáveis de sobrevivência. Esse é o papel da regularização fundiária nas áreas urbanas, cuja direção, para os fins propostos na presente pesquisa, pertence também ao Juiz, e de uma forma especial.

### **2.1.2 A moradia na Constituição Federal de 1988: um direito humano fundamental social**

As lutas sociais do século XIX vincularam-se diretamente ao contexto dos direitos sociais, tendo sido consolidadas através da Constituição do México, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919.

Neste aspecto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, e decorrente da últimação da Segunda Guerra Mundial, é exemplo latente de que os direitos humanos somente passaram a ser reconhecidos no século XX, ao reconhecer em seu art. 1º que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito, sendo dotados de razão e consciência e que, por isso, devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Em 1948, portanto, questões como solidariedade e fraternidade despontam como novos valores a serem seguidos, evidenciando questões universais para a humanização das pessoas.

---

<sup>165</sup> Disponível em <http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades>. Acesso em 02.09.08.

Notadamente quanto ao direito de moradia, a gravidade da questão habitacional pós-guerra impulsionou a realização de conferências internacionais sobre o tema, sob a chancela da ONU. De antemão, o art. XXV, inc I, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, expressamente esclarece:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito a sua segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Duarte esclarece que<sup>166</sup>

O reconhecimento do direito à moradia adequada para todos explicita não apenas as condições materiais necessárias ao bem-estar físico, material e social do homem, mas também se particulariza de acordo com a diversidade cultural e as necessidades específicas dos diferentes povos. A Organização

---

<sup>166</sup> DUARTE, Magna Corrêa de Lima. Direito Constitucional à Moradia. IN DELGADO, Ana Paula Teixeira; CUNHA, Maria Lourdes da. (org) **Estudos de Direitos Humanos**. Ensaios Interdisciplinares. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006, p. 88-89. Esclarece ainda a autora, fls. 87-88, que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ratificado pelo Brasil em 24.04.92); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), também adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ambos em 1966; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, também foram três instrumentos efetivos para a reafirmação dos direitos humanos. O segundo deles (PIDESC), foi ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 572 /92, dispondo seu art. 11: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à sua alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito reconhecendo, neste sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. Ademais, os Estados que ratificaram o PIDESC estão obrigados a promover o direito à moradia e protegê-lo contra os despejos forçados, através de medidas de revisões de legislação e implementação de programas para assegurar sua conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos, mediante segurança da posse. Outros instrumentos vieram, posteriormente, para ratificar a importância do direito à moradia em âmbito internacional. Citam-se, como exemplos, a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 (art. V), e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (art. 14.2(h), esta o qual obriga os Estados-partes a adotar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, dando-lhe o direito de gozar as condições de vida adequadas na área de habitação. Outro exemplo é a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (art. 21, 1), a qual reconhece a toda a criança um nível adequado de vida ao seu desenvolvimento mental, moral e social, aí incluídos assistência material e programas de apoio referentes à habitação. Na mesma esteira, a Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes, de 1990.

das Nações Unidas elenca um conjunto de condições materiais básicas a assegurarem a eficácia do direito fundamental à moradia: infra-estrutura básica através do acesso à água potável, ao saneamento básico, à energia elétrica, à iluminação, entre outros, com vistas à habitabilidade; localização adequada que permita facilidade de acesso ao local de trabalho, a hospitais, a escolas, ao comércio; acesso à terra e segurança jurídica para a posse; características arquitetônicas em sintonia com a identidade e os padrões culturais dos diferentes povos. No Brasil, o Relatório Nacional Brasileiro para a Conferência Istambul + 5, realizada em 2001, relaciona os critérios utilizadas pelo IBGE para a caracterização das condições habitacionais inadequadas: conexão à rede de energia elétrica; abastecimento de água potável; instalações sanitárias ligadas à rede geral ou fossa séptica e coleta de lixo. Este documento constitui a reafirmação dos princípios de moradia adequada para todos e desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos assumidos pelo Estado brasileiro no documento intitulado Política Nacional de Habitação por ocasião da Habitat II.

E prossegue<sup>167</sup>:

Os compromissos firmados na Agenda Habitat II podem ser assim resumidos: direito à habitação adequada; acesso à terra; garantia de ocupação; igualdade de acesso ao crédito e acesso aos serviços básicos, segundo dados do Centro das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos.

---

<sup>167</sup> DUARTE, Magna Corrêa de Lima. Direito Constitucional à Moradia. IN DELGADO, Ana Paula Teixeira; CUNHA, Maria Lourdes da. (org) **Estudos de Direitos Humanos**. p. 91. Explica a autora que, regionalmente, entretanto, para aquém dos tratados internacionais, a questão é tratada de forma mais tímida, eis que sequer a Convenção Européia dos Direitos Humanos, de 1950, ou mesmo a Carta Social Européia, de 1951, reconhecem expressamente o direito à moradia. Apenas a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000, em seu art. 34, prevê o direito de acesso às prestações de segurança e assistência social, aí incluindo o auxílio à habitação para conferir existência digna aos mais desvalidos. O Comentário Geral n. 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 2003, insere como componentes da moradia a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de serviços e infra-estrutura, o custo e a moradia acessível, a habitabilidade, a acessibilidade, a localização e a adequação cultural. Neste aspecto, a segurança da posse recebe especial atenção nas discussões internacionais como elemento nuclear do direito de acesso à terra. Aí se inclui o direito contra remoção involuntária e o reassentamento ou compensação adequada.

No âmbito nacional, o direito à moradia foi incluído na Constituição Federal, em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), no art. 6º, através da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000<sup>168</sup>

O histórico da referida Emenda Constitucional remonta ao início do mês de junho de 1996, em Istambul, na Turquia, onde se realizou a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, a Agenda Habitat II, oportunidade em que a questão do direito à moradia como direito humano foi palco de grandes debates. Da referida Conferência resultou a Declaração de Istambul, momento histórico importante, na qual os governos signatários reconheceram a existência de sua responsabilidade no setor habitacional e sua obrigação de fornecer o necessário para a obtenção da moradia, implementando melhoras nas condições habitacionais<sup>169</sup>.

A proposta de Emenda Constitucional em questão, nominada n. 601-B, foi apresentada no Senado Federal em junho de 1996, aprovada e encaminhada à Câmara dos Deputados em maio de 1998, onde recebeu aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação em dezembro de 1998. A partir de então, foi constituída Comissão Especial formada por 31 parlamentares, não tendo havido apresentação de emenda à proposta<sup>170</sup>, e restou aprovada em 14.02.00, conforme citado.

---

<sup>168</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005, atualizada até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.08.2005, p. 13.

<sup>169</sup> O art. 13 da Declaração de Istambul prevê: “Reafirmamos que somos guiados pelos objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas e reafirmamos nosso compromisso em assegurar a plena implementação dos Direitos Humanos estabelecidos em instrumentos internacionais, incluindo o direito à moradia como está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Internacional pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher e na Convenção dos Direitos da Criança, levando em conta que o direito à moradia adequada, na forma como está incluído nos instrumentos internacionais mencionados acima, deve ser implementado progressivamente. Reafirmamos que todos os Direitos Humanos – civis, culturais, econômicos, políticos e sociais – são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, apud INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a efetividade do processo**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 38-39.

<sup>170</sup> Dados colhidos de INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a efetividade do processo**. p. 40.

A expressa previsão deste direito na Constituição Federal faz retomar a discussão sobre a tricotomia das normas constitucionais no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, de modo a perquirir sobre sua exigibilidade ao poder governamental. José Afonso da Silva<sup>171</sup> as dividiu em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras, segundo seu entendimento, são aquelas que receberam do legislador constituinte normatividade suficiente para incidirem de forma imediata; as segundas apenas diferem das primeiras quanto à possibilidade de meios normativos que lhe podem reduzir a eficácia; e as terceiras não possuem normatividade suficiente para sua aplicação, possibilitando-se ao legislador ordinário a missão de completar sua regulamentação.

A discussão sobre a incursão do direito à moradia como direito social e, antes disso, fundamental e humano, dentre as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, merece, naturalmente, uma discussão mais aprofundada, sobre a qual, no momento, serão feitas algumas reflexões.

As regras constitucionais referentes aos direitos fundamentais são distintas das demais por não possuírem conteúdo previamente preciso, justamente porque sua definição depende da evolução da sociedade. A Constituição Federal enumera os direitos fundamentais no seu art. 5º, e não é exaustiva, diante da redação do seu § 2º, o qual admite a existência de outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte.

Precedentemente à apresentação do conceito operacional da categoria “direitos fundamentais”, é necessário percorrer o caminho dos direitos humanos.

A expressão “direitos humanos” nem sempre é compreendida no seu sentido mais inerente. Vive-se um tempo em que, inexoravelmente, referida categoria traz à lume questões variadas, do âmbito interno e internacional, quase que caracterizadas como excessos e exageros, ou

---

<sup>171</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª ed, São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1982, título II, capítulos II, III e IV.

seja, com conotação depreciativa no que se refere à problemática da marginalidade.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior<sup>172</sup> assim define a categoria direitos humanos:

Os direitos humanos são aquelas cláusulas básicas, superiores e supremas que todo o indivíduo deve possuir em face da sociedade em que está inserido. São oriundos das reivindicações morais e políticas que todo ser humano almeja perante a sociedade e o governo. Nesse prisma, esses direitos dão ensejo aos denominados direitos subjetivos públicos, sendo em especial o conjunto de direitos subjetivos que em cada momento histórico concretiza as exigências de dignidade, igualdade e liberdade humanas. Essa categoria especial de direito subjetivo público (direitos humanos) é reconhecida positivamente pelos sistemas jurídicos nos planos nacional e internacional.

Por fundamentais, entendem-se aquelas coisas que são imprescindíveis ao homem que vive em sociedade. Ora, assim, há relação indissociável entre as categorias direitos humanos e direitos fundamentais, sendo impossível falar em direitos humanos sem que se faça menção aos direitos fundamentais como conjunto de garantias e direitos que possuem por meta a dignidade humana e o estabelecimento de condições mínimas de vida.

Os direitos humanos são princípios universais. Os que são nacionais, são chamados de direitos fundamentais.

Como categoria universal que é, os direitos humanos, quando reconhecidos por cada Estado, passam a ser denominados de direitos fundamentais, sendo como regra estabelecidos nas respectivas Constituições. A única diferença, portanto, é que os primeiros são válidos independentemente dos povos e do tempo, em nível supranacional e antes mesmo da positivação interna de cada Estado. Caracterizam a relação entre o indivíduo e a sociedade. Por outro lado, os direitos fundamentais são os institucionalizados e limitados no espaço de cada Estado soberano, decorrentes do direito positivo. São aqueles direitos indisponíveis que o cidadão possui frente ao Estado.

Em síntese, a categoria direitos humanos faz referência aos direitos do homem em nível supra nacional, antes do Estado, mediante a relação entre o indivíduo e a sociedade; ao passo que os direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos nos diferentes ordenamentos jurídicos, mediante a relação entre o cidadão e o Estado<sup>173</sup>.

Os direitos humanos não possuem conceito operacional definido. Podem significar reivindicações morais ou políticas, desde que inseridas no consenso dos seres humanos como valores indisponíveis destinados a respeitar a dignidade, a liberdade e a igualdade humanas.

Afirma Siqueira Júnior<sup>174</sup>:

Os *direitos humanos* são aqueles válidos para todos os povos, em todas as épocas, se constituindo daquelas cláusulas mínimas que o homem deve possuir em face da sociedade em que está inserido.

Os *direitos fundamentais* são aqueles reconhecidos pelo Estado, na norma fundamental, e vigentes num sistema jurídica concreto, sendo limitados no tempo e no espaço. Num conceito pleno, os direitos fundamentais são aqueles consagrados na norma fundamental e que dizem respeito a preceitos fundamentais, basilares para que o homem viva em sociedade.

---

<sup>172</sup> SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Direitos Humanos. In SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 43.

<sup>173</sup> Segundo entendemos, a fundamentação teórica dos direitos humanos pode ser analisada sob o prisma jusnaturalista e o prisma culturalista (histórico-axiológico). Para o primeiro, os direitos humanos são inerentes à pessoa humana, anteriores e se se sobrepõem ao direito positivo. É a corrente adotada por esta autora. Para a corrente culturalista, os direitos humanos se fundamentam nos valores consagrados pela humanidade, nascendo e se sedimentando pela luta histórica dos povos, cujo ponto principal desta evolução se dá com a 2ª Guerra Mundial. De todo modo, é inegável que o rol de direitos humanos evolui concomitantemente com a sociedade, não se podendo afirmar que tais óticas sejam estanques uma da outra.

<sup>174</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Direitos Humanos. In SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo, p. 47.

São exemplos de delimitação dos direitos fundamentais, como expressão dos direitos humanos, o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade.

Importa acrescentar que o sistema dos direitos fundamentais na Constituição passou por diversas transformações quanto à sua titularidade e eficácia. Sarlet<sup>175</sup> explica que

Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração e até mesmo de uma quinta e sexta geração.

A este título, Sarlet explica<sup>176</sup> que os direitos fundamentais são fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho nitidamente liberal, e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão são essencialmente de cunho negativo, eis que dirigidos a uma abstenção por parte do poder público, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros. Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas<sup>177</sup>), os quais eram vistos como limites, espaços de liberdade projetados verticalmente contra o Estado, no sentido de garantir o espaço privado como lugar jurídico do exercício da plena liberdade individual, sem a intervenção do Estado. Era o livre estabelecimento das relações jurídicas privadas, e foi nessa base que houve a construção do Direito Privado, especificadamente o Direito Civil.

---

<sup>175</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54.

<sup>176</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 55 a 61.

<sup>177</sup> “Os direitos civis são aqueles inerentes ao homem enquanto ser social [...] Os direitos políticos são inerentes ao cidadão, ou seja, aquele que participa da vida política do Estado. [...] Os direitos individuais são os direitos civis esvaziados dos direitos políticos. As liberdades públicas designam os direitos individuais que exigem uma atividade negativa do Estado. São direitos com a finalidade de defender o indivíduo da ação estatal[...] As liberdades concretas realçam a prestação positiva do Estado, como o direito ao voto, à saúde, à educação, No âmbito político, fala-se em liberdade de participação”. SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos Humanos*. In SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. p. 47.

Com o advento da industrialização, e a crise social que daí adveio, a doutrina socialista, já no decorrer do século XX, trouxe à tona movimentos de reivindicação e de reconhecimento de direitos, com base na realização da justiça social. Sua dimensão, neste espaço, é de cunho positivo, tratando-se de exigir a outorga de prestações sociais estatais. São as liberdades positivas e concretas. Assim, passaram a ser reconhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão, como o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho e, também dentre outros, o direito à moradia, objeto deste estudo.

Os direitos de terceira dimensão, segundo Sarlet, seriam os direitos de fraternidade ou de solidariedade, cumprindo lembrar do direito à paz, autodeterminação dos povos, meio ambiente equilibrado, etc. São basicamente, estes, direitos de titularidade coletiva. Ao final, o autor ainda lembra sobre a possibilidade de direitos fundamentais de quarta dimensão, como resultado da globalização dos direitos fundamentais na criação do Estado Social, e cita como exemplo o direito à democracia, direito à informação, e direito ao pluralismo.

A moradia, portanto, incluída como direito social, e de segunda dimensão, encontra justificativa, segundo Sarlet<sup>178</sup>

na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Assim, é inegável que a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais, trouxe inúmeros questionamentos sobre seu alcance e aplicabilidade, notadamente quanto à função jurisdicional, na medida em que é chamada a declarar sua posição perante a omissão do Poder Público na regularização da informalidade urbana, que afeta a imensa maioria das cidades.

---

<sup>178</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 57-58.

Disto se vê que as dificuldades para implementação das leis em vigor, a falta de informação e o difícil acesso ao Judiciário para o reconhecimento dos interesses sociais e ambientais, diante da ausência de postura ainda não firme, tanto da autoridade judiciária como do Ministério Público, no enfrentamento de tais questões, acarretam prejuízos incomensuráveis na gestão das cidades. A informalidade existente em todos os municípios brasileiros resulta na combinação no alojamento dos pobres em áreas periféricas, sem qualquer infra-estrutura urbanística e de preservação ambiental.

E não se duvide que, no tocante aos direitos sociais – de cunho prestacional – tal como o é o direito à moradia, exige-se uma conduta positiva por parte do poder público, necessária a sua implementação para a definição de parâmetros mínimos para uma vida saudável, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo critérios estabelecidos pela ONU, nisso destaca-se a “segurança jurídica para a posse, a disponibilidade de uma infra-estrutura básica a garantir condições saudáveis de habitabilidade, o acesso a outros serviços sociais essenciais”<sup>179</sup>

Sarlet ainda afirma que<sup>180</sup>:

Também o direito à moradia reveste-se da complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional. Na sua condição como direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa a não ser privada de uma moradia digna, inclusive para efeitos de proibição de retrocesso [...] Por sua vez, como direito a prestações, igualmente são múltiplas as possibilidades, já que o direito a efetivação do direito à moradia depende tanto de medidas de ordem normativa (como dá conta, entre nós a edição do assim designado Estatuto da Cidade) como de prestações materiais, que podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia

---

<sup>179</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 348.

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 348-349.

própria, entre outras tantas alternativas que aqui poderiam ser citadas

Diante das considerações ora apresentadas, não se há como negar que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ter função de demarcar um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. Na área dos direitos a prestações, relativiza-se a noção de direito subjetivo para o fim de produzir um padrão desejável de justiça social, mais humanitária e solidária às necessidades básicas do ser humano, especialmente porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, reconhece de modo claro que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo”.

Para a consagração dos direitos de primeira geração, indispensável sejam protegidos e implementados os direitos prestacionais, de segunda dimensão. A dignidade do ser humano somente pode ser alcançada mediante garantia de alimento, moradia, saúde e educação. Não há como se exigir a realização dos direitos individuais sem uma intervenção concreta do Estado em determinadas áreas. Dentre elas, o direito de habitar um lugar condigno, não apenas caracterizado por um teto, mas com a mínima infraestrutura necessária à higiene e segurança, encontra lugar de relevo como condição indispensável para uma vida protegida, com saúde mental e física e direito de privacidade.

Portanto, justificar os direitos humanos é certamente tarefa menos dificultosa que protegê-los.<sup>181</sup> Bobbio<sup>182</sup> explica que

A atualidade é demonstrada pelo fato de hoje se lutar, em todo o mundo, de uma forma diversa pelos direitos civis, pelos direitos políticos e pelos direitos sociais: faturalmente eles podem não coexistir, mas em vias de princípio, são três espécies de direitos, que para serem verdadeiramente garantidos devem existir solidários. Luta-se ainda por estes direitos, porque após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista. As ameaças podem vir do Estado, como no passado, mas podem vir

---

<sup>181</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Ed. Campus. 2004, p. 24.

<sup>182</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 355.

também da sociedade de massa, de seus conformismos, ou da sociedade industrial, com sua desumanização. É significativo tudo isso, na medida em que a tendência do século atual e do século passado parecia dominada pela luta em prol dos direitos sociais, e agora se assiste a uma inversão de tendência e se retoma a batalha pelos direitos civis.

Em síntese, a questão relativa à habitação tem diversas vertentes. A principal delas, entretanto, para os fins deste estudo, é a relativa à falta de mecanismos de segurança da posse como alternativa para a manutenção da paz e da proteção contra os abusos expropriatórios e remoções arbitrárias aos mais desvalidos. A concretização do direito à moradia depende, sem dúvida, de uma ação positiva do Estado. Assim, tratar-se-á, a seguir, após uma breve incursão sobre as categorias, posse e propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, dos fundamentos da regularização da posse para fins de moradia em áreas urbanas.

## **2.2 A POSSE E A PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL**

### **2.2.1 Matriz teórica do Código Civil de 2002: algumas considerações**

Já foi dito anteriormente que a existência de um ordenamento jurídico com feições de direito privado dependia do respeito aos direitos de primeira geração – as liberdades negativas, e que nessa base houve a construção do Direito Civil, fulcrado na não intervenção estatal nas relações jurídicas privadas e que se limitava a regular as relações entre os indivíduos. O respeito aos direitos fundamentais se colocava na perspectiva do Estado, destinando-se às Constituições, que regulamentava as relações entre os indivíduos e o Estado.

O desenvolvimento da noção de direitos fundamentais rompeu com essa tradição, como também já foi mencionado. Luiz Edson Fachin e

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk advertem, quanto à prevalência das liberdades negativas no Direito Civil que<sup>183</sup>

O espaço privilegiado do exercício dessas liberdades é a propriedade privada, situando-se, ao seu lado, em idêntico patamar, o contrato e a família. Como será demonstrado mais adiante, a clivagem entre público e privado – e o próprio fundamento da constituição dos direitos fundamentais negativos de primeira geração – tem sua gênese na concepção que vincula liberdade e propriedade, projetada para o Direito em uma dimensão de igualdade formal

Segundo os citados autores<sup>184</sup>, isso significa que, atualmente, tem-se como elemento nuclear dos direitos fundamentais, inclusive da propriedade, a dignidade da pessoa humana, a qual é o fio condutor da travessia para o Direito Civil Contemporâneo. A separação entre o público e o privado, a visão do Direito Civil como um sistema fechado e incomunicável com a Constituição, impede a efetivação dos direitos fundamentais. Quando o centro do ordenamento jurídico passa do patrimônio para a o ser humano provido de dignidade, é possível uma abertura para a concretude da vida<sup>185</sup>. E concluem que a tutela da dignidade da pessoa humana é fundamento não só do Direito Público, mas também do Direito privado, sendo dever de todos. A noção da liberdade vinculada à propriedade deve ser vinculada à dignidade da pessoa, e os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem uma nova leitura, fundamentada no valor da dignidade da pessoa<sup>186</sup>.

Nessa ótica, o panorama, hoje em dia, restou alterado pela própria sociedade e por um novo significado da Constituição e do Código Civil, o que reflete diretamente na problemática da eficácia dos direitos fundamentais, aqui individualizados no direito à moradia, e das responsabilidades sociais daí

---

<sup>183</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET; Ingo Wolfgang. (org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed revista e ampliada. Porto Alegre: Ed do Advogado, 2006 p. 92.

<sup>184</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. p. 92-93.

<sup>185</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. p. 99.

<sup>186</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. p. 103.

subjacentes. A publicização do Direito privado, ou melhor, a constitucionalização do Direito Civil, significa que as liberdades individuais e a autonomia da vontade ficam minimizados diante da supremacia da Constituição. Categorias como o contrato, a propriedade e a família, por ex, não podem sobreviver sem o suporte da Constituição de 1988, eis que esta reconstruiu a dogmática diante da consagração de inúmeros valores, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, o exercício não abusivo da atividade econômica, e a função social da propriedade, esta que será analisada a seguir.

A Constituição intenta aproximar-se das necessidades humanas, conferindo limites às ações privadas para o fim de tornar supremos os direitos fundamentais. Assim, o Código Civil de 2002, cuja leitura será feita adiante, passou nitidamente pelo fenômeno da constitucionalização, abandonando a postura meramente patrimonialista que possuía quando da vigência da anterior codificação de 1916. Isso reforça que esse processo caracteriza um rompimento, uma mudança de paradigmas do direito civil, reconduzindo-o ao interesse primordial de satisfação de interesses fundamentais.

Luiz Edson Fachin dedicou-se em obra específica, intitulada “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”<sup>187</sup>, à luz do novo Código Civil e da Constituição Federal, a abordar a nova face das relações patrimoniais modernas. O autor explica que seu estudo não confunde propriedade com patrimônio, e vê na noção do patrimônio personalíssimo uma dependência da real esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas. A definição de patrimônio mínimo, para Fachin,

Compreende uma titularidade geral sobre bens ou coisas, não necessariamente fundada na apropriação formal ou registral como tradicionalmente prevista nas codificações civis, a exemplo do artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. Por isso, propõe-se uma dimensão própria de patrimônio e uma compreensão semântica específica do que pode ser personalíssimo, compreendendo

---

<sup>187</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2006, 326 p.

modos de satisfação plena das aspirações elementares do ser humano<sup>188</sup>.

O autor pretende que a lei seja instrumento de cidadania na formação para o Direito, no acesso democrático ao Judiciário, e nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade, ou seja, pretende uma hermenêutica construtiva do Novo Código Civil. Na obra, Fachin explicita dois momentos fundamentais de seu trabalho: a descrição crítica da edificação do Direito Civil fundamentado em torno do patrimônio, e a busca de uma nova concepção do patrimônio que coloque no centro das relações jurídicas a pessoa e seus valores personalíssimos, voltados a uma vida digna.

O patrimônio mínimo põe a pessoa e suas necessidades fundamentais em primeiro lugar, e faz migrar a relação jurídica de um conceito tradicional patrimonialista/creditício para a proteção da pessoa. A obra não pretende, segundo o autor, a despatrimonialização, no sentido de reduzir quantitativamente o conteúdo patrimonial no sistema jurídico, mas sim concerne a sua qualidade, atribuindo-lhe uma justificativa institucional de guarda ao desenvolvimento da pessoa. É uma passagem da supremacia dos interesses patrimoniais aos interesses existenciais do ser humano.

Afirma o autor:

A proteção do patrimônio mínimo não está atrelada à exacerbação do indivíduo. Não se prega a volta ao direito solitário da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites. Ademais, está além da concepção contemporânea de patrimônio.<sup>189</sup>

Para tanto, Fachin assevera que a repersonalização do Direito Civil colhe do texto constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana, nuclear à tutela de um patrimônio mínimo<sup>190</sup>. A existência deste minimiza

---

<sup>188</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. p. 03-04.

<sup>189</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. p. 167.

<sup>190</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. p. 250-251, afirma: "A propriedade [...] tida como individual, absoluta, exclusiva, preponderantemente imobiliária, típica e adepta do sistema registral – direciona-se na busca de novos rumos. A defesa dessa ordem de idéias remonta às próprias origens do Direito, e resgata a feição humanista da construção

as desigualdades e “ajusta a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam”<sup>191</sup>.

Em suma, conforme explica Judith Martins Costa<sup>192</sup>,

O desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas na vida da *cives*, com base na concreção, perpassa todo o novo Código Civil, seja através de sua linguagem, seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma intertextualidade com outros *corpi* normativos. A concepção dos modelos jurídicos, de Reale, conduz, no plano operativo, ao estabelecimento de ligações intra-sistemáticas com os Direitos Fundamentais. [...]

Creio que essas características culturalistas do novo Código Civil viabilizam uma incessante comunicação e complementaridade intertextual entre o Código e os Direitos Fundamentais[...]

### **2.2.2 Posse, propriedade, sua função social e o direito à moradia: uma visão perante a atuação do Juiz**

Com o escopo de conceituar as categorias posse e propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, e para facilitar a condução de análise da temática do papel do Juiz na regularização da posse em áreas urbanas, passa-se a analisar brevemente ambos os institutos e, em seguida, sua análise perante a prática judiciária, isoladamente e em conjunto.

Inicialmente, a posse.

Há duas teorias principais sobre a posse<sup>193</sup>. Para Savigny, autor da teoria subjetivista da posse, a posse nasce como uma situação de fato que, ao ser protegida pelo Direito, acaba por se transformar em um direito.

---

jurídica. Os limites estabelecidos não permitem visualizar a propriedade como um direito subjetivo belo por excelência. Deve ela atender, em instância primeira, aos valores existenciais da pessoa, vista como ser humano e não como sujeito de direito na conformidade com o estatuto de privilégios fixado pelo sistema clássico”.

<sup>191</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. p. 278.

<sup>192</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed revista e ampliada. Porto Alegre: Ed Livraria do Advogado, 2006, p. 79.

<sup>193</sup> As breves anotações a seguir seguem a obra de GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Coordenador Edvaldo Brito. 19ª edição. Revista, Atualizada e Aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Segundo esta teoria é necessário, para a caracterização da posse, o elemento objetivo (*corpus*), isto é, a apreensão física direta da coisa, dentro da esfera de seu poder; e também o elemento subjetivo (*animus domini*), ou seja, vontade de ter a coisa como sua.

A teoria subjetiva distingue, assim, a mera detenção da efetiva posse, por considerar a primeira como mera existência do elemento objetivo. O fundamento da proteção possessória encontra-se no princípio geral de que todos devem ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência. Assim, Savigny entende ser a posse um poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção alheia. A ausência de um dos elementos citados – *corpus* ou *animus domini*, acarreta a inexistência de posse, respectivamente, pela ausência de relação de fato entre a pessoa e a coisa, ou pela caracterização de mera detenção sobre a coisa.

Em síntese, a posse é direito e fato: considerada em si mesma é um fato; considerada nos efeitos que gera, é um direito.

A teoria objetivista da posse, de autoria de Ihering<sup>194</sup>, se caracteriza por entender que o seu elemento objetivo, citado por Savigny, é suficiente para comprovar a sua existência. O autor vai além ainda ao explicar que a presença deste elemento objetivo pode ser detectado também de maneira objetiva, pois segundo ele, a posse é a exteriorização da propriedade, sua parte visível. O possuidor age em nome da coisa como se fosse o proprietário. Ao vislumbrar a posse, presume-se a propriedade.

A intenção de ter a coisa como sua (*animus*), nos termos do elemento subjetivo de Savigny, é despicienda, segundo Ihering, para a comprovação da posse, a qual passa a existir quando esta preenche sua finalidade econômica, de acordo com a ordem natural das coisas. Isto significa que, para o autor, não há a necessidade do poder de fato sobre a coisa para a ocorrência do elemento objetivo, apresentando um elemento diferenciador sobre o próprio conceito de *corpus* trazido por Savigny. Como exemplo da existência da posse, para Ihering, pode-se citar a colheita deixada no campo por um produtor: embora não a tenha fisicamente, a conserva em sua posse pois age como o

---

<sup>194</sup> IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da posse**. 2ª ed. São Paulo: Edipro Editora. 2002.

proprietário ordinariamente o faz. Contrariamente, *v. g.*, se o produtor deixa uma jóia no mesmo local, não mais conserva a posse sobre ela, pois não é assim que um proprietário deve agir em relação a um bem desta natureza.

Ihering explica que o *animus* está subentendido no comportamento do possuidor, pois se age como dono, é porque quer ser dono, quer dizer, o *animus* já se encontra no conceito de *corpus*, sendo este explicado como o propósito de servir-se da coisa como proprietário, em vista de sua função econômica. Acrescenta ainda Ihering<sup>195</sup> que

O *corpus*, segundo a teoria dominante, é o poder *físico*, com a supremacia de *fato* sobre a coisa. Esta é a noção fundamental de acordo com a teoria atual. Ela é absolutamente errônea, como se pode ver da minha obra já citada sobre o *Fundamento da Proteção Possessória* [...] Reconhece-se pois a posse exteriormente. Os terceiros podem saber se a relação possessória é normal ou anormal [...] A teoria reinante não nos presta auxílio algum; limita-se a dizer se o possuidor continua possuindo, mas não nos diz como os terceiros podem e devem reconhecer se ele possui ou não

Na teoria de Ihering, o Direito protege a posse não por ela em si, mas pela propriedade que a posse faz supor – protege a posse para proteger os direitos do proprietário. A posse é a condição de fato da utilização econômica da propriedade, é um meio de defesa da propriedade e é uma rota que leva à propriedade. O direito de possuir faz parte do conteúdo do direito de propriedade.

O Código Civil atual, assim como já o fazia o de 1916, adotou predominantemente, a teoria objetiva de Ihering, apesar de ter se inspirado na teoria de Savigny. Consoante redação do seu art. 1196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

A posse, para o legislador brasileiro, é o exercício de alguns dos poderes peculiares à propriedade – a exteriorização da propriedade. É um poder de fato que alguém detém sobre algo com o exercício do direito de usar

---

<sup>195</sup> IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da posse.** p. 55-61.

(faculdade de utilizar a coisa para obter as finalidades a que ela se destina), gozar (colher os frutos da coisa), dispor (possibilidade de dar o destino que melhor lhe aprouver a coisa) e reaver a coisa de quem a possuir sem razão jurídica.

Neste sentido, muita discrepância ocorria na lide forense sobre o conceito de possuidor em ações possessórias, principalmente nas relativas a bens imóveis. Exige-se, para o autor da ação que postula proteção possessória, estivesse ou esteja na posse fática efetiva do imóvel anteriormente ao esbulho ou concomitantemente à turbação? O que é poder de fato sobre a coisa? Mais precisamente, qual o conceito de possuidor em ações possessórias? Pode-se discutir propriedade no bojo de ação possessória? São inúmeros os questionamentos sobre o tema.

Prevalece hoje a chamada pureza dos interditos possessórios, ou seja, a impossibilidade de invocação de propriedade, amparada ou não por justo título, por uma ou ambas as partes nas ações possessórias. Sobre isso, faz-se um parêntesis neste momento para esclarecer o tema, eis que extremamente importante para dirimir, hodiernamente, eventuais conflitos possessórios com base na invocação do direito fundamental à moradia *versus* o direito de propriedade.

Tal questão causava grande divergência no seio jurisdicional e, de conseguinte, conflitos e discrepâncias nas decisões judiciais. Nas ações possessórias se verifica quem tem a posse (*jus possessionis*) não o direito a ela (*jus possidendi*). Assim, em geral, nelas não se discute propriedade, mas apenas a existência do poder de fato sobre a coisa. Consoante entendimento jurisprudencial pacificado até a edição do atual Código Civil, havia uma exceção, permitindo a invocação de propriedade em ações possessórias: a) se a posse fosse duvidosa, ou seja, se nenhuma das partes conseguisse provar satisfatoriamente sua posse, no sentido da evidência de que o possuidor não é dono da coisa; e b) se ambos litigassem com base no domínio (propriedade), ou seja, desde que a posse estivesse sendo disputada a este título. Neste caso, aplicar-se-ia então o disposto no art. 505<sup>196</sup> do Código Civil de 1916 – a exceção de domínio (*exceptio proprietatis*).

---

<sup>196</sup> Art. 505 do Código Civil de 1916: “Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse

Destarte, a *exceptio proprietatis*, adotada pelo Código Civil de 1916 e largamente reconhecida e aplicada pelos tribunais na forma supra explicitada, em seu art. 505, surgiu à época como meio de adequar a pureza das ações possessórias à possibilidade de resguardo aos litigantes que dispunham de título de propriedade, a tanto que a matéria chegou a ser objeto da Súmula n. 487 do STF: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

A seu turno, o Código Civil de 2002, na tentativa de ratificar a pureza das ações possessórias e impedir a invocação de propriedade em tais ações, suprimiu a segunda parte do art. 505 do Código Civil de 1916 e expressamente não recepcionou o instituto jurídico da exceção de propriedade (*exceptio proprietatis*) nos interditos possessórios, consoante redação do art. 1.210, § 2º<sup>197</sup>, do CC.

Uma primeira análise sobre a modificação legislativa pode suscitar a questão da aparente incongruência de que a propriedade, fulcrada em título de domínio de Registro Público, ceda diante da mera posse de fato. Além disso, para os que aceitam a teoria de Ihering, a extirpação da exceção de propriedade é incompatível com o conceito objetivo de posse, segundo o qual a proteção possessória é justificada como uma posição defensiva do proprietário, ou seja, para a finalidade de facilitar a proteção da propriedade.

Porém, a proteção possessória, desde o Direito Romano, distingue os juízos possessórios – referentes somente à posse; e os juízos petitórios – referentes à questão de propriedade, permitindo que uma pessoa munida de título de propriedade seja perdedora em ação possessória. Este fato, inclusive, gera imensos conflitos quanto à questão da coisa julgada nas ações possessórias e petitorias, deixando as partes à mercê de decisões judiciais conflitantes relativas ao mesmo imóvel e à mesma questão de fundo<sup>198</sup>.

Orlando Gomes explica que:

---

em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”. BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>197</sup> “Art. 1210, §2º. Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa”. BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>198</sup> Ressalta-se que essa discussão, apesar de relevante, não é o objetivo do presente trabalho.

à primeira vista, tal princípio parece injusto, e mesmo paradoxal, porque ou admite que o fato prevaleça sobre o direito, ou faz com que direito maior ceda diante do menor. Justifica-se, no entanto, em face da *finalidade* das ações possessórias, que, por sua natureza, não comportam discussão sobre o domínio. Protege-se pura e simplesmente a posse, embora, muitas vezes, se sacrifique a realidade pela aparência. Mas nem por isso o dono da coisa está impedido de defender a sua propriedade contra quem possui a coisa indevidamente. O que se diz é que o meio processual é impróprio, pois a ação possessória se destina a dirimir litígios relativos à posse, não à propriedade. Para a garantia do seu direito, o proprietário dispõe da *ação de reivindicação*, a ser exercida precisamente contra o possuidor que detém injustamente o bem. É uma *ação petítória*, que não se confunde com as ações possessórias, consoante entendimento pacificamente admitido desde os romanos<sup>199</sup>

E continua, mais adiante:

Nos termos da lei processual, é defeso intentar o reconhecimento do domínio na pendência do processo petitário, mas se entendendo que a posse deve ser deferida a quem evidentemente tiver o domínio se com base neste for disputada. Sustenta-se, também, que, por economia processual, se deveria permitir o conhecimento, na possessória, de matéria petítória, evitando-se a propositura de duas ações. Seria, porém, instaurar a confusão em toda ação possessória, reunindo ações de finalidade diversa. A proibição de cumulação do juízo possessório e petitário é de ordem pública e verificável *ex officio* pelo juiz<sup>200</sup>

Dito isto, impende anotar que o presente estudo não visa tecer considerações sobre as divergências doutrinárias e/ou jurisprudenciais sobre questões dogmáticas e de mera processualística, mas sim redefinir o papel do magistrado, na condição de político do Direito, quando em confronto com tais situações.

---

<sup>199</sup> GOMES, Orlando. **Direitos reais**. p. 102.

<sup>200</sup> GOMES, Orlando. **Direitos reais**. p. 103-104.

O ponto central de tal discussão perpassa por questão muito mais importante, qual seja, a exigibilidade de existência de função social em ambos os institutos. E neste sentido, a Política Jurídica, ao trabalhar com critérios racionais e objetivos para o arbitramento valorativo da norma, é importante ferramenta aos aplicadores do Direito. Tanto a posse, como a propriedade, devem auxiliar para que a sociedade, como um todo, seja beneficiada por aquele direito de posse ou por aquele direito de propriedade. Este reconhecimento harmonizará a teoria objetiva de Ihering com a pureza dos interditos possessórios, pois o que bastará ao magistrado é que uma das partes comprove estar exercendo, mais legitimamente que a outra, a função social da posse ou da propriedade por si invocadas na ação possessória.

O que é importante anotar é que, hoje, a atuação do magistrado, nas ações possessórias, deve sempre ser fulcrada no reconhecimento da prevalência da função social de cada categoria, seja posse ou propriedade, de modo a garantir um novo modelo de Direito Civil, fundamentado no direito fundamental à moradia e à função social de ambas.

É o que será analisado a seguir.

A propriedade é o direito que a pessoa física tem de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. É o mais amplo dos direitos reais<sup>201</sup> e é conceituado como um direito complexo, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto. O Código Civil de 2002, assim como o anterior, de 1916, não estabelecem a definição desta categoria, limitando-se a explicitar suas faculdades, no atual art. 1228<sup>202</sup>. Porém, o § 1º deste artigo estabelece que o

---

<sup>201</sup> Segundo GOMES, Orlando. **Direitos reais**. p. 16, os direitos reais concedem ao titular um gozo permanente porque tendem à perpetuidade, e diferem do direito pessoal porque este é eminentemente transitório, pois se extingue no momento em que a obrigação correlata é satisfeita. O direito real é aquele que se prende à coisa, consistindo numa relação jurídica entre a pessoa, titular do direito, e a coisa. É oponível *erga omnes*, ou seja, contra todos, ao contrário do direito pessoal. O art. 1225 do atual Código Civil enumera taxativamente os direitos reais: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador, o penhor, a hipoteca e a anticrese. Na quase totalidade dos casos, os direitos reais sobre imóveis só se constituem após o registro no Registro Imobiliário.

<sup>202</sup> Art. 1128: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha". BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. O § 2º, a seu turno, apresenta a noção de abuso de direito do proprietário quando do exercício de suas faculdades: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

Sob outra ótica, a propriedade privada urbana, à luz das Constituições Brasileiras, teve em seu conceito interferido por valores diversos (políticos, ideológicos, jurídicos etc). Segundo Cássia Celina Paulo Moreira da Costa<sup>203</sup>, a primeira fase da história constitucional brasileira abrange o período imperial, da proclamação da Independência ao advento da República, ao passo que a segunda fase perdurou durante a Primeira República, implantando-se, formalmente, as instituições liberais, alicerçadas na concepção individualista da propriedade. No terceiro período do Constitucionalismo Brasileiro, a partir da Carta de 1934 até 1967/69, surgiu um rol de princípios enfatizantes do aspecto social dos direitos fundamentais. A quarta fase deu-se a partir da Constituição de 1988 e segue até os dias atuais, quando ocorreu o processo de redemocratização do país, ampliando-se, significativamente, o rol de direitos fundamentais, dentre eles, a propriedade privada (art. 5º, XXII), vinculando-a, porém, ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII). Ou seja, o direito de propriedade fica vinculado ao desenvolvimento social, mediante regras de interesse público, e não mais, doravante, meramente de interesse privado.

Magna Corrêa de Lima Duarte<sup>204</sup> sustenta que

No âmbito do Estado brasileiro, a disciplina constitucional da matéria se efetiva a partir da Constituição de 1934. Em suas origens, a redefinição conceitual do direito de propriedade, ao incorporar a noção de função social, se faz refletir inicialmente na

---

<sup>203</sup> COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro; Ed. América Jurídica, 2003, p. 166-196.

<sup>204</sup> DUARTE, Magna Corrêa de Lima Duarte. Direito Constitucional à Moradia. In DELGADO, Ana Paula Teixeira; CUNHA, Maria Lourdes da. **Estudos de Direitos Humanos: Ensaio Interdisciplinares**. Rio de Janeiro: 2006. Ed. Lumen Juris, p. 97.

Constituição de Weimar de 1919, no art. 153: 'A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem, ao mesmo tempo, representar uma função no interesse social'. Fundamenta a relatividade do direito de propriedade, por considerar abusivo o exercício do direito quando desatento à finalidade social determinante de sua instituição.

A complementação da previsão constitucional narrada é completada pelos art. 182 e 183 do mesmo diploma, através da previsão da "política urbana", destinada a ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. Essa política, segundo o par 1º e 2º do art. 182<sup>205</sup>, é orientada pelas diretrizes lançadas pela legislação federal, e implementada pelo Plano Diretor, de cunho local e por lei municipal, de modo a definir o conteúdo jurídico da função social da propriedade.

Neste diapasão, poder-se-ia afirmar que, na dicção da outrora apresentada classificação de José Afonso da Silva, o art. 182 da Constituição Federal seria norma de eficácia contida, eis que dependente de norma integradora federal e local (através do Plano Diretor). Assim que editadas, alcançaria o artigo em tela status de vinculação imediata do Poder Público na implementação da política pública de ordenação das cidades, sob pena de responsabilidade.

A propriedade do solo urbano está prevista no art. 184, § 4º e seus incisos, da Constituição Federal do Brasil e dispõe que a propriedade somente merece proteção se cumprir com sua função social, e faculta ao poder público municipal exigir do proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, imposto progressivo no tempo e desapropriação. Assim, a propriedade urbana é condicionada ao cumprimento de uma função social baseada na habitação, lazer, trabalho e circulação, podendo-se dizer, como exemplo, que seriam práticas abusivas do direito e da função social

---

<sup>205</sup> "Art. 182. Part. 1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Par 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135.

da propriedade: a retenção especulativa do solo não construído, subutilizado ou não utilizado; a recusa de oferecer à locação imóvel residencial não necessário à habitação do proprietário ou seus dependentes; manobras especulativas imobiliárias com vistas à elevação de preços de venda ou locação, etc.

Antes da aprovação, em 1988, deste capítulo constitucional sobre a política urbana, afora os problemas financeiros e políticos-institucionais existentes, havia inúmeros obstáculos jurídicos para a implementação da política de planejamento e ordenamento urbano, mormente para assegurar o direito à posse e à moradia. Esta, aliás, foi reconhecida em nível constitucional apenas doze anos depois da previsão da política urbana no mesmo diploma. Um ano depois, legislação federal que passou a regulamentar o art. 182 da Constituição Federal adveio através da edição da Lei n. 10257, de 2001 – o denominado Estatuto da Cidade<sup>206</sup>.

Então, em seu capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, XXIII prevê a consagração do “direito individual à propriedade privada”, vinculando-o ao cumprimento de sua “função social”<sup>207</sup>, no art. 5º, XXIII.

Impõe-se a concretização da aplicação social implícita nas normas constitucionais da Carta de 1988. Renomados autores, civilistas e constitucionalistas, entendem a adoção do princípio constitucional da função social da propriedade, no atual Código Civil, como uma reação da ordem jurídica contra os desperdícios da utilização do bem por parte dos respectivos proprietários.

Necessário ressaltar, porém, que todos os doutrinadores reconhecem a necessidade de assegurar a propriedade privada, mas sem risco de socialização da propriedade; asseguram, unicamente, a consciência social do homem e o sentimento de solidariedade política, econômica e social.

Desta forma, questão de relevo, atualmente, é saber se há ou não uma mudança no conceito tradicional de propriedade, repassados os sistemas liberais, sociais e os ciclos constitucionais brasileiros, principalmente

---

<sup>206</sup> O Estatuto da Cidade será analisado de forma específica no 3º capítulo.

<sup>207</sup> “Art. 5º. XXIII – a propriedade atenderá sua função social”, In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 07.

diante da consolidação, na atual Constituição Federal Brasileira, do princípio da atividade econômica, de nítido conteúdo programático, segundo o qual a propriedade deverá exercer sua função social, mediante linhas diretoras para a ação pública, cuja previsão primeira remonta à Carta Magna de 1934.

Maria Clara Mello Motta<sup>208</sup> acrescenta que a subordinação da propriedade a fins outros que não o mero domínio voluntarístico do proprietário marcou um rompimento com seu princípio individualista, surgindo o conceito de propriedade como função social e a necessidade de o sistema jurídico, através de seus aplicadores e estudiosos, resolver as tensões daí decorrentes.

Não é comum a definição específica, pelos estudiosos, sobre a categoria função social da propriedade. Jacques Távora Alfonsin<sup>209</sup> adota, entre as definições de função, a de Santi Romano, para quem ela é “todo poder exercido não por interesse próprio ou exclusivamente próprio, mas por um interesse alheio ou por um interesse objetivo”. E explica que adota o mencionado conceito por duas razões: a primeira porque ele “valoriza precisamente uma referência da função que, por si só, implica em alteridade, ou seja, o interesse alheio”, e a segunda porque sua referência à necessidade, implicada no interesse alheio, preenche o conceito de deveres que, referentes ao espaço terra, limitam o conteúdo do direito de propriedade, já que a satisfação de necessidades vitais do tipo aqui estudado, ao alimento e à habitação de não propriedades, é o próprio conteúdo de direitos humanos fundamentais<sup>210</sup>.

Assim, a regularização da posse, através de instrumentos jurídicos criados especificadamente para a extirpação da informalidade urbana, é postura adequada para a minimização dos problemas sociais e do déficit de moradia, principalmente para as pessoas de baixa renda.

É necessário obter soluções alternativas que abarquem o reconhecimento da proteção jurídica da posse, desde que exercida para o fim de

---

<sup>208</sup> MOTTA, Maria Clara Mello. **Conceito constitucional de propriedade: Tradição ou Mudança?** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. p. 48-50.

<sup>209</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2003, p. 166.

<sup>210</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia.** p. 167.

efetivar a moradia, aproveitar melhor o solo e erradicar a pobreza, ou seja, desde que cumpra sua função social.

A concreta materialização do Estatuto da Cidade, e a aprovação de medidas condizentes com o paradigma da função social e ambiental da propriedade, e da própria cidadania, também podem passar, como visto, através da legalização de posse, com a lavratura de títulos que prescindem da transferência do domínio, e apenas visam a regularizar as moradias de famílias desprovidas de quaisquer recursos. O respeito ao meio ambiente e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana coexistem através do reconhecimento da função social da posse, sendo papel do Poder Público, e também do Poder Judiciário, a adoção de medidas mais efetivas neste mister.

Por outro lado, se a posse é o exercício de uma situação de fato sobre alguma coisa que cumpre a sua finalidade econômica em relação ao seu possuidor e, por isso, é protegida pelo Direito, pode-se afirmar que a posse também deve ter função social.

Destarte, impõe-se redelimitar o papel e a importância da posse como instrumento de pacificação social.

Ana Rita Vieira Albuquerque<sup>211</sup> adverte que a concepção de uma teoria social da posse remonta a Perozzi que, em 1906, publicava a primeira edição de sua obra “Instituição de Direito Romano”, na qual considerava a posse como relação de fato, e não de direito, que dependia do costume social de absterem-se todos do uso de uma coisa aparentemente não livre, em respeito à paz social. A autora afirma que diversas outras obras de relevo daí se seguiram, sendo interessante anotar, neste sentido, as teorias do fato socioeconômico potestativo (no qual a posse ultrapassa a idéia de coisa puramente material, esta não dissociada do fato social), e da teoria portuguesa da posse útil (inserida na Constituição Portuguesa de 1976, na qual há um direito de gozo que, não necessariamente, se equipara à posse em sentido técnico).

---

<sup>211</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2002, p. 121-142.

Sobre a existência de um função social da posse, ensina Ana Rita Vieira Albuquerque<sup>212</sup>:

A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos.

Os valores fundamentais e os objetivos do Estado brasileiro previstos na Constituição de 1988 visam sobretudo elevar o conceito de cidadania, através da valorização da pessoa humana. Evidentemente que tais valores projetam-se para todos os domínios jurídicos, inclusive para o direito privado, como vimos, e, conseqüentemente, informam o instituto da posse, evidenciando ainda mais seu aspecto social imanente. Justamente em um sistema jurídico que tem por fim a pessoa humana, daí resultando a natureza teleológica dos argumentos sistemáticos, não se pode deixar de ter por incluída implicitamente, como princípio constitucional positivado, a função social da posse

Assim, embora não comum esta lembrança no meio forense, pode-se afirmar, sem dúvida, que ao lado do princípio da função social da propriedade encontra-se o princípio da função social da posse. Ora, se ao proprietário incumbe exercer seus poderes em respeito ao aspecto social do domínio, ao possuidor também releva representar o conteúdo social de sua vontade, e não meramente uma vontade vazia de possuir. A posse, ainda que potencialmente seja a exteriorização do domínio, não deixa de caracterizar, em

---

<sup>212</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Viera. **Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária.** p. 40.

outras oportunidades, a posse por si mesma, como exteriorização da própria posse, mesmo que em detrimento da relação proprietária.

Este tema é de relevante importância na questão da regularização da posse, eis que, através de sua conversão em título de propriedade ou do reconhecimento de meios legais da proteção da posse em si, ambos dependem do cumprimento de sua função social.

A concretização, paralelamente, da função social da posse, exigirá a ponderação de bens entre os diferentes princípios jurídicos. Chega-se, aqui, à possibilidade real de colisão entre os princípios da função social da propriedade e o da função social da posse, o que, naturalmente, seria alvo para outro estudo, sem qualquer comparação de profundidade com a singeleza destes apontamentos.

O fundamento da proteção possessória como instrumento da paz social, privilegiado na teoria subjetiva de Savigny, eleva o conceito de dignidade da pessoa humana a um plano substancial, e também dotando a posse de uma vontade do possuidor, não mais uma vontade vazia de conteúdo.

Se tanto a posse como a propriedade necessitam cumprir seu papel social, princípios estes erigidos à condição de exigência para a vida em sociedade, tanto o Código Civil, agora, e não somente a Constituição Federal do Brasil de 1998, estabelecem normas de ordem pública e elevado interesse social que regulam e simplificam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo e ambiental. Isto soma-se, entretanto, à necessidade premente de uma (re)organização do papel do jurista<sup>213</sup>.

Inúmeras possibilidades reais de regularização da posse, e não tão-somente da propriedade, estão hoje à disposição do político do Direito (seja ele membro de quaisquer dos três Poderes da República), tais como o

---

<sup>213</sup> Várias hipóteses, assim, podem ocorrer em ações possessórias: a) proprietário *versus* possuidor, na qual aquele comprova estar exercendo o domínio com base na função social da propriedade, donde exsurge a procedência da demanda; b) proprietário *versus* possuidor, na qual apenas este comprova estar exercendo a posse com base na função social desta, o que acarreta a improcedência do pleito possessório; c) possuidor *versus* possuidor, na qual necessário aferir qual deles exerce, efetivamente, a posse com respeito ao seu caráter social. Será considerada a “melhor posse” aquela que atender a função social do instituto, e não aquela fundada, necessariamente, em justo título. Deverá o magistrado considerar a atualidade da posse, a necessidade e o aproveitamento do bem. A melhor posse será, por exemplo, aquela que atender à moradia do possuidor e sua família, com o maior e melhor aproveitamento da terra.

direito de superfície, este aliás já inserido no Código Civil, em seu art. 1225, II, como direito real; concessão de direito real de uso, zonas especiais de interesse social, concessão de uso para fins de moradia, etc, e que neste sentido reforçam a necessidade de a posse ser alçada a direito tão importante quanto a propriedade, desde que cumpram sua função social. Todas estas categorias serão analisadas mais adiante.

Embora este tema possa ser considerado ofensivo e perigoso para muitos, uma breve análise dos mais diversos tribunais estaduais brasileiros dá conta de que a realidade social do Brasil já vem sobrelevando a importância da posse, onde diversos julgadores, embora não admitam expressamente, protegem a posse não menos por sua função social, caracterizando-se-a como verdadeiro direito subjetivo.

A Constituição Federal, ao prever, consoante já citado, que a propriedade, como direito fundamental, necessita cumprir sua função social estabelece limites de ordem social e cuja aplicação é imediata, segundo entendimento de Liana Portilho Matos<sup>214</sup>, ao explicar que

Nos termos da Constituição brasileira, tanto o princípio da função social da propriedade quanto o direito de propriedade estão assegurados no rol dos “direitos e garantias fundamentais” previstos no Título II, mais especificadamente nos incisos XXII ( “é garantido o direito de propriedade”), e XXIII (“a propriedade atenderá a sua função social”) do muito importante art. 5º da Carta. E consoante o par. 1º desse mesmo artigo 5º, ficou expressamente estabelecido que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Nessa disposição está claro que essas normas devem ser imediatamente acatadas pelos particulares e pelo Poder Público, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo que as torne juridicamente efetivas. Isso equivale a dizer que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, se tinham, já não têm mais caráter meramente programático, “assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador último do direito – o Poder Judiciário – deve conferir *efetividade jurídica ou formal*”

---

<sup>214</sup> MATOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003, p. 102.

Com isso, o magistrado deve estar atento de que não basta mais ao proprietário possuir registro imobiliário. Tanto a posse, como a propriedade, devem estar exercendo sua função social hoje e, mais a frente, podem não mais estar cumprindo com tal mister<sup>215</sup>. Assim, se uma ou outra deixar de ser exercida com base no melhor aproveitamento social e econômico do bem, poderá ceder ao direito de outrem que melhor o utilize. A proteção possessória existe justamente para afastar o elemento de insegurança e desassossego social.

Ferreira de Melo adverte que

tudo está a nos indicar que precisamos aperfeiçoar constatemente o nosso direito, especialmente o processual, que deve ser o que sempre deveria ter sido: o grande instrumento da realização da justiça. Quando conseguirmos essa correção de rumos, estarão superadas as causas principais dos abismos que se situam entre as legítimas reivindicações da sociedade e direitos individuais de um lado, e a prepotência da vontade do legislador (imbrincada esta com os fins políticos do Estado ou mesmo de grupos e classes) e o poder majestático dos Tribunais, de outro lado”<sup>216</sup>.

São estas, em suma, algumas considerações sobre a dicotomia entre posse e propriedade, e algumas alternativas para o magistrado, diante de seu poder criador, fazer firmar a segurança jurídica através da imposição da função social de ambos os institutos, incursionando, daí, um aperfeiçoamento do valor Justiça com adesão paulatina, mas firme, da sociedade.

---

<sup>215</sup> Não basta ao proprietário, para a garantia de reconhecimento de legitimidade de seu título de domínio, a apresentação do documento, despido da utilização econômica e destinação social do imóvel. O que importa doravante é a prova de que possuidor ou proprietário utilizem o imóvel com base no seu melhor aproveitamento, seja na proteção ambiental ou utilização econômica que gere não somente lucro ao proprietário, mas garantia de empregos, competitividade de preços em eventual exploração de seus recursos naturais, enfim, no maior benefício possível para a comunidade envolvida. A coisa julgada, assim, ficaria circunscrita ao âmbito formal do processo então em foco e, no seu âmbito material, ficaria delimitada sob idêntica causa de pedir: o exercício da função social de um ou outro instituto, seja juízo possessório ou petitorio.

<sup>216</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 46.

## **2.3 INTRODUÇÃO À TEMÁTICA DA REGULARIZAÇÃO DA POSSE PARA FINS DE MORADIA: CONCEITO, FINALIDADE E FUNDAMENTO**

### **2.3.1 Fundamento da regularização da posse para fins de moradia: proteção do direito à moradia como expressão de cidadania e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana**

A regularização fundiária não é meio que possa erradicar, por si só, a pobreza, o que depende de uma reforma urbana estrutural, iniciando-se pelo próprio processo de conhecimento profundo, pelos agentes públicos, das normas urbanísticas e das causas da informalidade. Contudo, ela pode e deve diminuir as condições de desigualdade, destinadas a gerar um processo democrático garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana, como expressão mais latente do direito de ser cidadão.

O art. 1º da Constituição Federal<sup>217</sup> afirma que a República Federativa do Brasil é criada pela formação indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, e tendo como fundamentos, previstos em seus incisos I a V: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Ou seja, ao Estado foi atribuído o dever de assegurar ao ser humano condições mínimas de existência por meio de mecanismos previstos no texto constitucional.

Ou seja, a Constituição embasou o Estado Democrático em dois fundamentos relacionados ao indivíduo: cidadania e dignidade da pessoa humana. Esta é o valor fundamental do indivíduo, ao passo que aquela refere-se ao aspecto social, conforme se explicará a seguir.

J. J. Gomes Canotilho<sup>218</sup> salienta que:

---

<sup>217</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>218</sup> CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed, Coimbra: Almedina, 2000, p. 369.

A densificação do sentido constitucional de direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado 'dignidade da pessoa humana'. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado. Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma "integração pragmática" dos direitos fundamentais.

E continua<sup>219</sup>:

Reflectindo o imperativo social do estado de direito, aponta-se para a libertação da 'angústia da existência' da pessoa mediante mecanismos de sociabilidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho, emprego e qualificação profissional e a garantia de condições existências mínimas como o subsídio do desemprego e o rendimento mínimo garantido.

Como já foi visto, o texto constitucional brasileiro prevê um contexto de vários dispositivos de salvaguarda do direito de moradia, a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e como instrumento indispensável para o alcance da justiça social através dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II e III), mediante a garantia do desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza e a marginalização, e ainda pela redução das desigualdades sociais.

De outro lado, a concepção do Estado de Direito, atualmente, ainda está fundamentada no pensamento político ligado à tradição liberal-individualista, baseada na acumulação desenfreada de riquezas, na autonomia, na propriedade e na competição.

Em interessante artigo intitulado "*O Estado Personalista de Direito e Realização Igualitária dos Direitos Fundamentais*", de autoria de Marcelo de Aguiar Coimbra<sup>220</sup>, pretende-se contribuir no sentido de assentar o Estado de Direito em outras bases, deslocando seu eixo central para a primazia

---

<sup>219</sup> CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 369.

<sup>220</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar. *O Estado Personalista de Direito e a realização igualitária dos direitos fundamentais*, apud ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: 2005, Ed. Forense, p. 493 –510.

do ser humano enquanto pessoa – *o ser* - em detrimento dos valores do individualismo possessivo – *o ter* - , de modo a romper com o Estado Personalista de Direito e o vincular à realização igualitária dos direitos fundamentais. Ao discorrer sobre a dignidade humana como valor central da ordem constitucional, o autor afirma<sup>221</sup>:

[...] nas sociedades complexas como as atuais, o consenso constitui a base da legalidade, com a obediência às normas sustentadas na aceitação de certos valores gerais e não simplesmente na coerção. Esse consenso em relação a um *mínimo ético* fundamenta a convivência social e compõe o substrato da *consciência coletiva*, proporcionando uma identidade comum e um certo sentimento de interdependência e cooperação (solidariedade social), mantendo a coesão e a integração de qualquer corpo social bem ordenado. [...] Ora, o direito não passa de uma realidade referida a valores, ou seja, de fato cultural, e, como tal, [...] não é compreensível apenas pela sua forma, destituído de qualquer substância e despojado de um compromisso material com certas intenções e objetivos axiológicos, que sustentam a sua validade. [...] A dignidade humana ocupa o centro do *sistema de valores constitucionais*, eleva-se ao topo da pirâmide axiológica, pertencendo, conforme preconiza Willian A. Parent, à família dos grandes valores políticos que definem a moralidade constitucional, na linha de uma *ética personalista*, conferindo, em último plano, legitimidade à imperatividade e à coercibilidade da ordem jurídica.

Ingo Wolfgang Sarlet, em obra na qual discorre especificadamente sobre a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1998, trata esta categoria, no ordenamento constitucional, como norma jurídica (princípio) e valor fundamental<sup>222</sup>, eis que não a incluiu no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas a elevou à condição de princípio e valor fundamental previsto no art. 1º, III, da Constituição. Afirma que o legislador, além de ter tomado uma decisão a respeito do sentido, finalidade e justificação do poder estatal, reconheceu que o Estado é que existe em função da pessoa humana, e não o

---

<sup>221</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar. *O Estado Personalista de Direito e a realização igualitária dos direitos fundamentais*. p. 495-496.

<sup>222</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre; Ed. Livraria do Advogado, 2007, p. 68-78.

contrário, já que o ser humano é a finalidade principal, e não o meio da atividade estatal<sup>223</sup>.

Da mesma forma, a partir da Constituição Federal de 1988, e com o desenvolvimento do Estado Democrático e Social de Direito, o conceito da categoria cidadania foi modificado, permitindo ao cidadão a atuar na vida efetiva do Estado, legitimando-o como sujeito político e reconhecendo seus direitos em face do Estado, cuja plenitude surge com os direitos sociais<sup>224</sup>. A cidadania significa uma ação que permite ao cidadão participar da construção do bem comum, e isso não se restringe ao exercício dos direitos civis e políticos, mas abrange também os direitos econômicos, culturais e sociais, tais como o direito à moradia.

Assim, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º da Constituição Federal de 1988, são mandamentos direcionados à proteção do direito de moradia, mediante a preservação da identidade cultural das comunidades na produção social do habitat. O Poder Público, em suas ações destinadas à urbanização ou regularização de um assentamento informal, deve respeitar as formas de organização e vivências das pessoas que vivem nessas áreas. Exemplificadamente, nos casos das populações indígenas, as terras tradicionalmente ocupadas ou habitadas por elas são definidas pela Constituição<sup>225</sup> como aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e às necessidades e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A adoção dos usos e costumes como normas nos processos de regularização fundiária e legalização dos assentamentos informais é medida plenamente justificável, considerando-se a gama das diversas etnias na produção social do habitat da sociedade brasileira.

---

<sup>223</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 68-78.

<sup>224</sup> SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Ed RT, 2007, p. 241.

<sup>225</sup> O dispositivo referido é o art. 231, § 2º da Constituição Federal de 1988.

Os componentes de uma moradia adequada<sup>226</sup>, quais sejam, segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços e infra-estrutura, custo da moradia acessível, habitabilidade, acessibilidade e localização e adequação cultural, devem ser reconhecidos pelo Poder Público e agentes privados responsáveis pela execução dos programas e projetos de satisfação do direito à moradia.

Nelson Saule Júnior<sup>227</sup> afirma que:

Assegurar a cidadania é o comando para que as ações e políticas públicas desempenhadas pelos órgãos e instituições do Estado Brasileiro priorizem a satisfação das necessidades básicas das pessoas que vivem em desigualdade econômica e social. O comando deste fundamento constitucional é trazer as pessoas que estão vivendo esta desigualdade para um patamar mínimo de condições de vida digna, no qual se inclui o acesso a uma moradia adequada [...] Respeitar a cidadania é reconhecer que esses grupos em situação de desigualdade econômica e social são sujeitos de direitos e têm legitimidade para atuar na defesa destes, junto aos organismos do Estado. Esta legitimidade deve ser reconhecida em especial pelos órgãos e membros do Poder

---

<sup>226</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 2004, p. 135-136, apresenta os conceitos operacionais de cada elemento integrante do direito à moradia:

“*Segurança Jurídica da posse*: todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que lhes garanta a proteção legal contra despejos forçados, expropriação, deslocamentos e outros tipos de ameaças

“*Disponibilidade de Serviços e Infra-estrutura*: acesso ao fornecimento de água potável, fornecimento de energia, serviço de saneamento e tratamento de resíduos, transporte, iluminação pública

“*Custo da Moradia Acessível*: adoção de medidas para garantir a proporcionalidade entre os gastos com habitação e a renda das pessoas, criação de subsídios e financiamentos para os grupos sociais de baixa renda, proteção dos inquilinos contra aumentos abusivos de aluguel

“*Habitabilidade*: a moradia deve ser habitável, tendo condições de saúde, física e de salubridade adequadas

“*Acessibilidade*: constituir políticas habitacionais contemplando os grupos vulneráveis, como os portadores de deficiência, os grupos sociais empobrecidos, vítimas de desastres naturais ou de violência urbana, conflitos armados

“*Localização*: moradia adequada significa estar localizada em lugares que permitam o acesso às opções de emprego, transporte público eficiente, serviços de saúde, escolas, cultura e lazer;

“*Adequação cultural*: respeito à produção social do habitat, à diversidade cultural, aos padrões habitacionais oriundos dos usos e costumes das comunidades e grupos sociais”.

<sup>227</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** p. 145-147.

Judiciário. [...] Para assegurar o exercício do direito à moradia, a cidadania e a dignidade da pessoa humana são normas dirigentes para a política habitacional e, nas cidades, para a política urbana. Resulta deste comando que devem ser abertos canais de participação popular de modo a reconhecer o direito político das organizações, entidades e movimentos sociais que representam os interesses dos diversos grupos sociais em situação de desigualdade, de participar das instâncias de elaboração e execução da política habitacional, como os Conselhos ou Comissões de Habitação. O controle social dos recursos públicos destinados a programas e projetos habitacionais é um indicador importante do respeito, ou não, ao exercício da cidadania.

O direito à moradia pode ser considerado plenamente satisfeito a partir da coexistência de três elementos: viver com segurança, viver com paz e viver com dignidade. Com isso, a moradia, como uma necessidade de todo ser humano, é um parâmetro para identificar quando as pessoas vivem com dignidade e possuem um padrão de vida adequado. A abrangência do direito à moradia deve ser compreendida com base nos preceitos dos direitos humanos, considerando-o indivisível, interdependente e inter-relacionado com os demais direitos, tais como o direito à vida, à igualdade, ao de não sofrer discriminação, de liberdade de expressão e de associação, à inviolabilidade de domicílio, à saúde, à segurança e ao meio ambiente saudável<sup>228</sup>.

### **2.3.2 O conceito operacional de regularização fundiária e sua finalidade**

Neste mesmo capítulo, ao se apresentar algumas considerações sobre os assentamentos informais urbanos, e depois, sobre a regulamentação do uso e apropriação do solo, foi dito que o Estado regulamenta o uso do solo mediante imposição de limites ao direito individual de propriedade, quais sejam, a função social da posse e a função social da propriedade. Compete às leis o papel de regular a atividade urbanística, de ordenar adequadamente os

---

<sup>228</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** p. 133

espaços habitáveis e de compor os conflitos entre o interesse coletivo e os interesses dos proprietários, empreendedores imobiliários e moradores de assentamentos precários.

O não atendimento aos padrões urbanísticos e ambientais acarreta em assentamentos precários, onde vive, através de processo de exclusão decorrente de forma intrínseca à sua condição social, a população de baixa renda. Essa população não possui a propriedade das áreas, mas apenas a sua posse, e em sua grande maioria estes locais situam-se em áreas públicas. Como exemplos, citam-se as favelas, as ocupações coletivas de prédios públicos em regiões centrais, as ocupações de espaços vazios sob pontes e viadutos, loteamentos clandestinos implantados por empresas privadas, conjuntos habitacionais e loteamentos urbanos irregulares implantados pelo Poder Público ou por particulares, e os cortiços.

Além disso, nos assentamentos precários, ainda se somam outras duas situações não menos críticas: as ocupações das áreas de risco e as ocupações em área de preservação ambiental.

Nelson Saule Júnior<sup>229</sup> adverte que para enfrentar esta situação, a urbanização e regularização dos assentamentos devem ser definidas como uma prioridade nacional no campo da política urbana, mediante ação obrigatória para os Governos das três esferas federativas e em obediência ao direito humano fundamental social da moradia. Afirma o autor<sup>230</sup>:

A política nacional de regularização fundiária deve ter como parâmetro as experiências dos Municípios que promovam programas de urbanização e regularização dos assentamentos urbanos irregulares e que apresentam condições precárias de habitabilidade, visando a melhorar as condições de vida, tanto no aspecto da moradia, como ambiental (implantação da rede de esgoto e tratamento dos resíduos, canalização dos córregos, educação ambiental, recuperação e reposição de áreas verdes); bem como a regularização fundiária visando a conferir uma segurança jurídica à população moradora dos assentamentos

---

<sup>229</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** p. 341.

<sup>230</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** p. 341.

Dito isto, necessário aferir o conceito operacional da categoria regularização<sup>231</sup>, o qual tem sido usado em diversos sentidos, referindo-se às vezes aos programas de urbanização das áreas informais, através da implementação da infra-estrutura urbana e prestação de serviços públicos. Em outros casos, tem sido usado para referir-se às políticas de legalização fundiária das áreas e dos lotes ocupados informalmente. As mais bem sucedidas experiências combinam essas duas dimensões: a urbanística e a jurídica. Porém, são poucos os programas de regularização de construções e ocupações informais.

Betânia de Moraes Alfonsin<sup>232</sup> apresenta o seguinte conceito de regularização fundiária:

Regularização fundiária é o processo de intervenção pública sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

Relativamente às citadas dimensões da regularização fundiária, Nelson Saule Júnior<sup>233</sup> explica que elas abrangem a regularização urbanística e jurídica do parcelamento, uso e ocupação do solo e a regularização das construções da área urbana, objeto da intervenção; e o reconhecimento legal e jurídico da posse para fins de moradia dos ocupantes da área, mediante a aplicação dos instrumentos de compra e venda, usucapião urbano, concessão

---

<sup>231</sup> FERNANDES, Edesio. Os programas de regularização. **Regularização da Terra e da Moradia. O que é e como implementar.** Instituto Pólis (Coordenação Executiva), Publicação da Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos. São Paulo: 2002, p. 15.

<sup>232</sup> ALFONSIN, Betânia de Moraes. Regularização Fundiária: Um imperativo ético da Cidade Sustentável – O caso de Porto Alegre. In **O direito à cidade Trilhas Legais para o direito às cidades sustentáveis.** São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 163.

<sup>233</sup> SAULE JUNIOR, Nelson, in **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** p. 347.

especial de uso para fins de moradia, concessão de direito real de uso, e direito de superfície<sup>234</sup>. E prossegue<sup>235</sup>:

A dimensão jurídica abrange o registro do título que reconhece o direito à moradia e confere a segurança jurídica de posse no Cartório de Registro de Imóveis. A dimensão urbanística abrange a regularização do parcelamento do uso e ocupação do solo nos órgãos públicos competentes, por meio de um plano de urbanização com normas urbanísticas específicas para este fim, bem como o registro do parcelamento do solo constante no plano de urbanização no Cartório de Registro de Imóveis. Para a regularização fundiária atingir todos os componentes do direito à moradia adequada, a urbanização da área deve viabilizar a implantação de infra-estrutura, equipamentos urbanos e prestação de serviços públicos para os habitantes da área que está sendo regularizada.

A falta de informações ainda contribui para que os programas de regularização acabem por reproduzir a informalidade urbana, ao invés de promover a integração socioespacial.

É necessário que a regularização fundiária tenha ampla dimensão, e envolva ações de urbanização, valorização da memória dos moradores, estimule as atividades educacionais e geradoras de renda e trabalho, e preserve as áreas de habitação de interesse social. Não basta, pois, a concessão de um registro público de posse ou de propriedade para grupos que vivem na pobreza. Se não houver a satisfação de toda esta dimensionalidade, a situação da informalidade permanecerá, pela desconsideração dos demais fatores que geram a situação da ilegalidade. Betânia Alfonsin<sup>236</sup> esclarece a existência de três preocupações principais neste processo de regularização: a) a questão da legalização da posse com fins de moradia; b) a melhoria do ambiente urbano, ou seja, a sustentabilidade ambiental e urbanística; c) resgate ético da população antes segregada social e espacialmente.

---

<sup>234</sup> A análise dos instrumentos de política urbana e regularização fundiária será alvo do capítulo 3º deste estudo.

<sup>235</sup> SAULE JUNIOR, Nelson, in **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. p. 347.

<sup>236</sup> ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Regularização Fundiária: Um imperativo ético da Cidade Sustentável – O caso de Porto Alegre**. p. 348.

Os programas de regularização possuem uma natureza curativa, segundo Edésio Fernandes<sup>237</sup> e não podem ser dissociados de um conjunto mais amplo de políticas públicas, diretrizes de planejamento e estratégias de gestão urbana destinadas a reverter o quadro do padrão excludente de crescimento urbano. Segundo o autor<sup>238</sup>,

Por um lado, é preciso ampliar o acesso ao mercado formal a uma parcela maior da sociedade, sobretudo os grupos de renda média-baixa, ao lado da oferta de subsídios públicos para as faixas de menor renda. Por outro lado, é preciso rever os modelos urbanísticos que têm sido utilizados, de forma a adaptá-los às realidades socioeconômicas e à limitada capacidade de ação institucional das agências públicas. Nesse contexto, as políticas de regularização fundiária não podem ser formuladas de maneira isolada. [...] Isso requer intervenção direta e investimento público, sobretudo por parte dos municípios, para produzir novas opções de moradia, democratizar o acesso à terra e promover uma reforma ampla urbana.

Há um amplo leque de instrumentos jurídicos, além dos direitos individuais de propriedade plena, para materializar o direito de moradia. Porém, é claro que a concessão de títulos, seja para garantia da posse ou da propriedade, são importantes, principalmente em ocorrendo conflitos de propriedade, de posse ou de vizinhança, e também para garantir a permanência nas áreas sem risco de expulsão pelo mercado imobiliário. O que se quer dizer, e isso será estudado no capítulo III, é que o registro é importante, mas não necessariamente somente o da propriedade poderá atuar em prol da regularização fundiária. A posse pode ser regularizada por título e independentemente de sua conversão em domínio.

---

<sup>237</sup> FERNANDES, Edésio. **Os programas de regularização**. p. 21-22.

<sup>238</sup> FERNANDES, Edésio. **Os programas de regularização**. p. 22.

## CAPÍTULO 3

### OS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO DA POSSE EM ÁREAS URBANAS E A FUNÇÃO JURISDICIONAL: UM DESAFIO PERANTE A ÉTICA DE RESPONSABILIDADE

#### 3.1 A POLÍTICA URBANA E A REGULARIZAÇÃO DA POSSE PARA FINS DE MORADIA

##### 3.1.1 A política urbana na Constituição Federal, no Código Civil Brasileiro e no Estatuto da Cidade: as alternativas mais conhecidas

No sistema constitucional de repartição de competências, compete à União, no art. 21, XX, da Constituição Federal de 1998, “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”<sup>239</sup>. O art. 22<sup>240</sup>, VII e XIX, da mesma Carta, dispõe sobre a competência da União para legislar acerca das políticas de crédito e sobre o sistema de poupança, captação e garantia da poupança popular.

O seu art. 23<sup>241</sup>, ainda, preceitua ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em seu IX, promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; e em seu inciso X, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

---

<sup>239</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em. 23 de julho de 2008.

<sup>240</sup> Art. 22, VII, da CRFB: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] VII- política de crédito [...]; XIX – sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em. 23 de julho de 2008.

<sup>241</sup> Art. 23, da CRFB: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX- promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X- combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em. 23 de julho de 2008.

Vale ressaltar, portanto, que a competência sobre matéria urbanística é concorrente entre a União, Estados e Municípios (art. 24, I da CRFB), limitando-se a lei federal a fixar normas gerais, que não excluem a competência suplementar dos Estados.

A previsão, na Constituição Federal de 1988, do direito à propriedade privada, e a submissão à sua função social (art. 5<sup>a</sup>, XXII e XIII), revelam que o legislador constituinte, ao mesmo tempo em que se preocupou em consagrar as liberdades individuais, conferiu o tom intervencionista ao Estado, a fim de que possam ser tutelados os mais necessitados, consagrando os direitos fundamentais e identificando os direitos coletivos.

A proteção da propriedade apenas merece a salvaguarda do Estado quando estiver cumprindo sua função social, ou seja, respeitando quando e como a cidade pode e deve crescer e quais os espaços podem ser ocupados.

Venício Antônio de Paula Salles<sup>242</sup>, sobre a referida categoria, explica:

Trata-se de um complexo mapa que estabelece os focos de adensamento ou desadensamento, estuda a utilização e a busca ao pleno emprego dos equipamentos e estruturas urbanas, bem como das potencialidades que estas envolvem, além da fixação de áreas de preservação para conservação das matas e das fontes hidrográficas. Este retrato, que deve ser insculpido sob a forma legal, deve indicar os caminhos necessários para organização das cidades, e confere o único conteúdo para a expressão constitucional.

A função social não minimizou os poderes do proprietário, mas apenas modificou, qualitativamente, a relação jurídica da propriedade, ao envolver os interesses não-proprietários. A relação proprietária não depende de imposição de limites abstratos ao exercício dos seus respectivos poderes, mas exige do seu titular obrigações positivas, no sentido da utilização do bem de forma condizente com os valores tutelados pelo princípio da função social, tais como os valores relacionados, por ex, ao meio ambiente, ao planejamento urbano, etc.

---

<sup>242</sup> ROLNIK, Raquel. Regularização Fundiária p. 102.

No século XIX e início do século XX, a apropriação da terra limitou a ação social e produtiva e colocou o proprietário em vantagem social e econômica perante aqueles que não possuíam um mesmo espaço. Essa visão, entretanto, é equivocada. Especialmente na cidade, a propriedade do solo urbano, embora seja uma reprodução do capital, não pode olvidar na oferta de moradia, condições de trabalho e de renda aos não-proprietários, produzindo benefícios para toda a sociedade.

Esta complexa rede necessária ao bom funcionamento e desenvolvimento das cidades foi objeto de um capítulo até então inédito na Constituição Brasileira, introduzida na Carta de 1988, no seu capítulo II do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), intitulado “Da Política Urbana”, em seus artigos 182 e 183<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> O capítulo III do Título VII da Constituição Federal trata da política agrícola e fundiária e da reforma agrária. Apesar de já explicitado, ratifica-se, por questões acadêmicas, a não abordagem específica da regularização fundiária agrária no presente estudo, por envolver matéria suficiente para outro aprofundado estudo diante das inúmeras abordagens e conseqüências das ações dos Movimentos dos Sem Terra e afins. Apenas se explicita que, consoante previsto nos art. 184 a 191 da CRFB, os institutos da desapropriação e usucapião especial rural, além de institutos também aplicados ao meio urbano, estão previstos para assegurar a posse para fins de moradia em áreas rurais. Segundo se colhe de BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 23 de julho de 2008, seguem os seguintes dispositivos:

Art. 184 CRFB/88: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º. O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. § 3º. Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. § 4º. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais, as operações de transferência de imóvel desapropriados para fins de reforma agrária”.

Art. 185 CRFB/88: “São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II – a propriedade produtiva. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social”.

Art. 186 CRFB/88: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Art. 187 CRFB/88: “A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem

O art. 182, caput, da CRFB, prevê que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, estabelecendo em seu parágrafo 2º que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Este, por sua vez, foi previsto como obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, aprovado pela Câmara Municipal e é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

O art. 182, § 4º da Constituição Federal faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez

---

como setores de comercialização, de armanejamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I – os instrumentos creditícios e fiscais; II – os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III – o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV – a assistência técnica e extensão rural; V – o seguro agrícola; VI – o cooperativismo; VII – a eletrificação e irrigação; VIII – a habitação para o trabalhador rural. § 1º. Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais. § 2º. Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária”.

Art. 188 CRFB/88: “A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. § 1º. A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional. § 2º. Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária”.

Art. 189 CRFB/88: “Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos”.

Art. 190 CRFB/88: “ A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional”.

Art. 191 CRFB/88: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O art. 183 da CF estabelece, além do instituto da desapropriação, o usucapião<sup>244</sup> especial urbano, sendo estes os dois institutos de política urbana previstos na Carta Maior e os mais conhecidos, tanto da população como dos juristas.

A Lei n. 10.257<sup>245</sup>, de 10 de julho de 2001, denominada em seu próprio art. 1º, par 1º, como Estatuto da Cidade, e criada para executar a política urbana prevista nos art 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Seu art. 2º estabelece que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante várias diretrizes, dentre as quais, em seu inciso XIV, a da regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais. Assim, a questão da regularização fundiária foi indicada como prioritária no Estatuto da Cidade, e obrigatória para os Municípios.

O Estatuto em tela prevê normas gerais sobre a regularização fundiária, criando mais diretamente vinculações ao legislador municipal na intenção de conquistar cidades mais organizadas. Isto consagra a competência concorrente para o trato da matéria urbanística, e permite à lei federal a criação de diretrizes gerais, sem exclusão da competência suplementar dos Estados e da implementação de leis locais obrigatórias para a urbanização. A principal delas é o estabelecimento de um Plano Diretor, que visa apresentar as

---

<sup>244</sup> O gênero da categoria usucapião tem sido, ao longo do tempo, apresentado ora como substantivo feminino ou masculino. O Código Civil o utiliza como termo masculino, e a doutrina oscila entre uma forma e outra. Desta maneira, acolhe-se, para o presente estudo, sua utilização no gênero masculino, não se olvidando de posições em sentido contrário.

<sup>245</sup> BRASIL. **Lei n. 10.257/01**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10 de setembro de 2008.

carências de cada cidade, e envolve a previsão de zoneamentos, de áreas a serem desapropriadas para a implementação de meios de transporte públicos e para construção de edifícios públicos, a delimitação de áreas priorizando a regularização fundiária, a delimitação de áreas de mananciais e de preservação ambiental, assim como outros assuntos inerentes à organização das cidades.

Este novo instrumento jurídico dá suporte à ação prioritária dos governos municipais no tratamento das questões urbanas, sociais e ambientais e na gestão das cidades.

A par dos fundamentos da regularização fundiária, analisados no capítulo precedente, é necessária a compreensão de que os processos de regularização fundiária ocorrem em várias dimensões: a regularização jurídica dos lotes, mediante titulação e registro, a urbanização dos assentamentos, o cumprimento da legislação urbanística, e o cooperativismo em iniciativas para a melhoria da qualidade de vida no ambiente urbano.

Além disso, o Estatuto da Cidade limita-se a estabelecer diretrizes gerais, e refere-se ao Plano Diretor como o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana<sup>246</sup>, promovido e implementado mediante a participação da população, e obrigatoriamente revisto pelo menos a cada 10 (dez) anos (art. 40, § 3º). Em complementação aos ditames constitucionais, a lei obriga também a criação do plano diretor para as cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, e onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal (art. 41, II e III). O Plano Diretor é o instrumento mais adequado para aplicação da premissa do direito constitucional de ser proprietário do solo urbano, pois em se tratando de lei municipal, favorece a participação efetiva da comunidade no seu processo de elaboração. Deve ser uno e integral, apresentando as potencialidades e carências de cada cidade, mediante, por ex, a

---

<sup>246</sup> Art. 39 da Lei 10257/91: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”. BRASIL. **Lei n. 10.257/01**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10 de setembro de 2008

Art. 40 da Lei n. 10257/91: “O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana” BRASIL. **Lei n. 10.257/01**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10 de setembro de 2008

previsão de zoneamento, com a fixação da potencialidade construtiva de cada região, previsão de zonas de desapropriação para implantação da rede de transporte ou de edifícios públicos, dentre vários outros assuntos de interesse público. Um dos focos principais do Estatuto da Cidade, segundo Venício Antônio de Paula Salles<sup>247</sup>:

[...]é direcionado à eliminação de eventuais tendências especulativas, devendo prever mecanismos para forçar os proprietários de imóveis não edificados, sub-utilizados ou não utilizados, a dar destinação compatível com os interesses da cidade, sob pena de imposição de sanções. O interesse tutelado pelo texto maior, afeta à maior racionalidade na utilização de equipamentos públicos, para que as regiões dotadas de tal instrumental, sejam utilizadas por um contingente populacional compatível com a potencialidade. Trata-se da busca ao “pleno emprego”, dos equipamentos públicos, como escolas, hospitais, creches, vias de acesso, transporte público, água, luz, esgoto, etc. A capacidade deve ser utilizada e não subutilizada”.

São elementos constitutivos do Plano Diretor, relevantes para a regularização fundiária, e que devem ser utilizados pelos Conselhos Municipais, através de debates e audiências públicas para a gestão democrática das cidades<sup>248</sup>: a) o ordenamento do território, macrozoneamento e setores especiais; b) o controle da ocupação e do uso do território, c) a estruturação do território; d) a gestão ambiental do município; e) a política habitacional; f) a gestão do Plano Diretor e o Processo de Planejamento Permanente do Município.

Em breve síntese, o art. 4º do Estatuto da Cidade (Lei n. 10257/91), arrola os instrumentos jurídicos de política urbana ligados à regularização da posse e da propriedade urbana. São eles, exemplificadamente: o planejamento municipal (inc III) em especial pelo plano diretor e disciplina do parcelamento do uso e da ocupação do solo; os institutos tributários e financeiros (inc IV), tais como o imposto sobre a propriedade predial e territorial – IPTU; e os

---

<sup>247</sup> ROLNIK, Raquel. Regularização Fundiária. p. 111.

<sup>248</sup> Segundo BUENO, Laura Machado de Mello; MONTEIRO, Pedro Cauê Mello Rosa Monteiro. Planos Diretores, aspectos urbanísticos e ambientais na Regularização Fundiária. Apud Regularização Fundiária, in ROLNIK, Raquel, et al. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. PUC Minas Virtual, 2006, 224p., p. 218.

institutos jurídicos e políticos (inc V). Dentre estes últimos, estão os institutos da desapropriação (alínea “a”) e usucapião especial de imóvel urbano (alínea “j”), a servidão administrativa (alínea “b”), as limitações administrativas (alínea “c”), o tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano (alínea “d”), a instituição de unidades de conservação (alínea “e”), a instituição de zonas especiais de interesse social (alínea “f”), a concessão de direito real de uso (alínea “g”), a concessão de uso especial para fins de moradia (alínea “h”), o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (alínea “i”), o direito de superfície (alínea “l”), o direito de preempção (alínea “m”), a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso (alínea “n”), a transferência do direito de construir (alínea “o”), as operações urbanas consorciadas (alínea “p”), a regularização fundiária (alínea “q”), a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos (alínea “r”), e o referendo popular e o plebiscito (alínea “s”).

Perceba-se que a regularização fundiária foi arrolada como inciso específico no art. 4º do Estatuto para o fim de demonstrar que, apesar de abranger inúmeras hipóteses previstas em outros incisos do mesmo dispositivo, abre margem à criação de inúmeras outras, todas passíveis de regularização pelo espírito da Lei 10.257/01.

Nelson Saule Júnior<sup>249</sup> explica que o Estatuto da Cidade define as ferramentas que o Poder Público, especialmente o Município, deve utilizar para enfrentar os problemas de desigualdade social e territorial das cidades, mediante a alicação dos seguintes princípios, diretrizes e instrumentos destinados para a implementação da política habitacional e a proteção do direito à moradia:

princípios da função social da propriedade e das funções sociais da cidade;

diretrizes gerais da política urbana cabendo destacar a garantia do direito a cidades sustentáveis, à gestão democrática da cidade, à ordenação e controle do uso do solo visando a evitar uma

---

<sup>249</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** p. 212.

retenção especulativa de imóvel urbano e à regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda;

instrumentos destinados a assegurar que a propriedade urbana atenda à sua função social, tais como plano diretor, parcelamento e edificação compulsória de áreas e imóveis urbanos, IPTU- Imposto sobre a propriedade Urbana Progressivo no Tempo, desapropriação para fins de reforma urbana, direito de preempção e outorga onerosa do direito de construir (solo criado);

instrumentos de regularização fundiária: usucapião urbano, concessão de uso especial para fins de moradia (medida provisória nº 220, de 4 de setembro de 2001), concessão de direito real de uso, zonas especiais de interesse social; e

instrumentos de gestão democrática da cidade: conselhos de política urbana, conferências da cidade, orçamento participativo, audiências públicas, iniciativa popular de projetos de lei e estudo de impacto de vizinhança.

Assim, a regularização abrange não apenas os programas de urbanização das áreas informais, no sentido do fornecimento de infra-estrutura básica e prestação de determinados serviços públicos, mas também abrange as políticas de legalização das áreas informais, nas dimensões urbanística e jurídica. Não basta apenas reconhecer segurança jurídica à posse de cada ocupante, seja através da legalização de títulos de posse ou de propriedade, mas é necessário integrar os assentamentos informais ao conjunto da cidade, de modo a integrar e reverter o padrão excludente destas áreas.

Dentre os instrumentos de política urbana citados, neste tópico serão analisados os mais conhecidos - o usucapião e a desapropriação<sup>250</sup>.

Ainda neste capítulo, mais adiante, serão analisadas as alternativas possíveis ao magistrado, tanto na seara judicial como na extrajudicial,

---

<sup>250</sup> Importante destacar que o presente estudo, dada a vastidão da matéria, não possibilitará aprofundar o estudo de cada um dos institutos mencionados, mas apenas explicitá-los, com ênfase naqueles mais importantes, sob a ótica da regularização fundiária, esta sim o objeto específico do trabalho.

para regularização da posse nas áreas urbanas. Para isso, serão abordados os principais instrumentos de política urbana e regularização da posse, e algumas perspectivas à atuação do Juiz na proteção da moradia nestas áreas.

### **3.1.1.1 Usucapião e a novidade do usucapião coletivo**

O usucapião é um dos modos de aquisição da propriedade, estando previsto no atual Código Civil em seus art. 1238 a 1244, favorecendo o possuidor contra o proprietário, o qual perderá um direito que não exerce. O fundamento do usucapião, segundo Orlando Gomes<sup>251</sup>, divide-se em duas correntes: a subjetiva, que procura fundamentar o usucapião na presunção de que há o ânimo de renúncia ao direito por parte do proprietário que não o exerce; e a objetiva, que fundamenta o usucapião em considerações de utilidade social. Realmente, na maior parte das vezes, não há, da parte do proprietário, interesse de abandonar o imóvel, eis que impróprio da natureza individualista humana.

Assim, por ser “socialmente conveniente dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio”<sup>252</sup>, a negligência do proprietário não pode ser considerada a razão predominante do usucapião, surgindo apenas como uma consideração que a favoreça, acabando com as incertezas da propriedade e sanando os vícios mediante a ação do tempo<sup>253</sup>.

Há inúmeras espécies de usucapião previstas no atual Código Civil, além do usucapião especial urbano, introduzido pela Constituição Federal de 1988, o qual será analisado a seguir.

O art. 1238 do Código Civil<sup>254</sup> prevê o usucapião extraordinário. Anteriormente previsto, quando da vigência do Código Civil de

---

<sup>251</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. p. 187.

<sup>252</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. p. 187-188.

<sup>253</sup> O usucapião é a aquisição da propriedade em relação a áreas privadas, tão somente, das quais se tem a posse, com ânimo de dono, por um prazo determinado em lei.

<sup>254</sup> Art. 1238 Código Civil: “Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo Único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Ed Saraiva, 2006.

1916 com prazo de 20 anos, teve o prazo reduzido para 15 anos independentemente de título e boa-fé, desde que possuído sem interrupção ou oposição, ou 10 anos (caso do parágrafo único do art. 1238 do CC) caso o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. Na esteira do Estatuto da Cidade, o legislador fez previsão feliz de reduzir o prazo prescricional em homenagem à função social da posse e da propriedade quando o possuidor der uma destinação social ao bem.

O art. 1239<sup>255</sup> do Código Civil estabelece a figura do usucapião *pro labore*, até então não prevista no Código Civil de 1916, e aplica-se aos imóveis rurais, reproduzindo com fidelidade o disposto no art. 191 da Constituição Federal. Porém, não é objeto específico do presente estudo, por se tratar de meio de regularização fundiária de área rural, e não urbana.

O usucapião ordinário está previsto no art. 1242 do Código Civil<sup>256</sup>, e contrariamente ao usucapião extraordinário, depende da posse de boa fé, por 10 anos, e justo título, este caracterizado por “todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro<sup>257</sup>”. A novidade consiste em seu parágrafo único, o qual reduz o prazo para 05 anos se o possuidor adquiriu o imóvel onerosamente e não logrou comprovar o regular registro do imóvel junto ao cartório de Registro de Imóveis em vista do

---

<sup>255</sup> Art. 1239 do Código Civil: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”. BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Ed Saraiva, 2006.

<sup>256</sup> Art. 1242 Código Civil: “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”. BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Ed Saraiva, 2006.

<sup>257</sup> Consoante Enunciado n. 86 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do ministro Ruy Rosado Aguiar, do Supremo Tribunal Federal. Disponível em **Conselho da Justiça Federal**. [www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br), acesso em 12 de setembro de 2008.

cancelamento da transcrição, desde que residam no imóvel ou nele realizaram investimentos de interesse social e econômico<sup>258</sup>.

A declaração da propriedade, mediante usucapião de bem imóvel, se dá mediante requerimento ao Poder Judiciário, constituindo a sentença um título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis, consoante dicção do art. 1241 e seu parágrafo único, do Código Civil, e idêntica previsão do art. 167, I, item 28, da Lei n. 6015/73 (Lei dos Registros Públicos), este o qual autoriza o registro das sentenças declaratórias de usucapião, independentemente da regularidade do parcelamento do solo ou da edificação.

Daí a importância do tema para a regularização da posse.

A hipótese do art. 1238, parágrafo único, do Código Civil (usucapião extraordinário), não se confunde com a hipótese de usucapião especial *pro moradia* do art. 183 da CF, estabelecida para todo aquele que possuir como sua área urbana de até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, por 05 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família. A aquisição do domínio não se aplica aos imóveis públicos, dependerá ainda da inexistência de outra propriedade imóvel rural ou urbana do possuidor, poderá ser reconhecido ao mesmo possuidor apenas uma vez, e o título poderá ser concedido ao casal, ou individualmente ao homem ou à mulher, independentemente do estado civil (§ 1º a 3º do art. 183). Referido preceito constitucional adveio de inúmeras propostas de populares e se revelou como grande conquista em termos de regularização fundiária, dada a relevante diminuição do prazo para o usucapião, anteriormente fixado em 20 ou 10 anos.

Deve-se atentar que<sup>259</sup>:

[...]para os fins de aplicação do Usucapião Urbano, quando a Lei fala em “urbano” refere-se ao tipo de ocupação dada ao solo, independentemente de sua localização em zona urbana ou rural, de acordo com o zoneamento municipal. Da mesma forma, não

---

<sup>258</sup> Os prazos do usucapião podem ser contados mediante a soma da posse com a de seus antecessores, contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, no caso do usucapião ordinário, também estejam acompanhadas de boa-fé e justo título, nos termos do art. 1243 do Código Civil.

<sup>259</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. p. 385.

estabelece nenhuma restrição ou impedimento do reconhecimento, por meio do Usucapião Urbano, do direito à moradia da população que ocupa área urbana situada numa área considerada de preservação ambiental. Caso não seja adequado o local para fins de moradia, por se tratar de uma área de risco ou por ser necessário para preservação ambiental, o Poder Público terá que assegurar uma outra moradia para a população beneficiada pelo Usucapião Urbano, como forma de compensar a lesão ao direito à moradia e, neste caso, também ao direito de propriedade [...] Por isso, é fundamental a adoção conjugada com outros instrumentos, como as Zonas Especiais de Interesse Social, nas cidades onde for elevado o número de áreas urbanas privadas, consideradas de risco ou de preservação ambiental, suscetíveis de Usucapião Urbano”.

Em perfeita reprodução ao art. 183 da Constituição Federal, o art. 1240 do Código Civil e o art. 9º<sup>260</sup> e 10 do Estatuto da Cidade, também estabelecem o usucapião especial urbano *pro moradia*, subdividindo, neste último caso, e respectivamente, o individual e coletivo<sup>261</sup>.

Na pendência de ação de usucapião especial urbano, o legislador do Estatuto da Cidade, estabelece, em seu art. 11, que ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. De todo modo, em havendo ações petições ou possessórias já em trâmite, a melhor solução é reuni-las para julgamento conjunto, tendo em vista a comunhão das provas.

Em seu art. 12, reza o legislador do Estatuto da Cidade ser parte legítima para a propositura da ação de usucapião especial urbano: a) o

---

<sup>260</sup> Art. 9º do Estatuto da Cidade: “Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até 250 m2 (duzentos e cinquenta metros quadrados, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º. O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º. O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º. Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão”. BRASIL. **Lei n. 10.257/01**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10 de setembro de 2008

<sup>261</sup> Consoante o Enunciado n. 85 aprovado pela Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado Aguiar, do STJ, verbis, “para os efeitos do art. 1240, caput, do novo Código Civil, entende-se por ‘área urbana’ o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios”. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em [www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br), acesso em 12 de setembro de 2008.

possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente, este aplicável também ao usucapião urbano individual, em que vários possuidores, com posses certas e limitadas, litigam em conjunto; b) os possuidores, em estado de comosse; e c) como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados. Possuirá o autor os benefícios da justiça e assistência judiciária gratuita (§ 2º do art. 12), e o usucapião especial urbano poderá ser inclusive invocado como matéria de defesa, valendo a sentença que o reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis (art. 13 do Estatuto da Cidade). Neste sentido, embora haja divergência no meio jurisprudencial sob o fundamento de que a ausência de intimação de todos os confinantes e interessados é causa de ofensa ao devido processo legal, a solução visa dar celeridade ao procedimento<sup>262</sup>.

O usucapião, qualquer que seja sua modalidade, é instrumento deveras conhecido e de fácil manejo, pois, embora seu prazo varie, conforme a modalidade, de 05 a 15 anos de posse contínua, mansa e pacífica, com ânimo de dono, geralmente os possuidores que dele se utilizam se encontram na posse do imóvel por tempo suficiente para utilização do instituto.

A questão que dificulta, apenas a título de argumentação, o processamento da ação de usucapião, é a necessidade de citação da pessoa em cujo nome se encontra transcrito o imóvel, a citação de todos os confrontantes, a cientificação das Fazendas Públicas, e a apresentação de levantamento topográfico do imóvel. Principalmente no usucapião coletivo, analisado a seguir, as plantas oriundas de favelas ou cortiços tendem a não estabelecer rigorosamente os pontos de referência, sendo prudente que o Município archive todas as plantas produzidas pela municipalidade, mesmo em áreas não regularizadas registralmente, o que em muito poderá facilitar o andamento das ações.

---

<sup>262</sup> A importância da ação de usucapião especial urbana, individual ou coletiva, é tamanha que o art. 14 do Estatuto da Cidade prevê que o rito processual a ser utilizado é o sumário, previsto nos art. 275 a 281 do Código de Processo Civil. Todavia, tendo em vista a não explicitação do legislador sobre os detalhes do seu trâmite e seu interesse na rápida solução do litígio, não estão dispensados os editais e as notificações das Fazendas Públicas, sendo mais prudente a utilização do rito especial dos art. 941 a 945 do Código de Processo Civil, a fim de evitar nulidades, conforme previsão de conversão para o rito ordinário prevista no art. 277 do Código de Processo Civil.

O Estatuto da Cidade, em seu art. 10<sup>263</sup>, instituiu uma nova modalidade de usucapião *pro moradia*, o usucapião coletivo, o qual exige, além dos requisitos da posse ininterrupta, sem oposição e com ânimo de dono, que a posse seja de áreas urbanas maiores de 250 m<sup>2</sup>, estejam ocupadas por população de baixa renda para fins de moradia há mais de 05 anos, e desde que se mostre impossível a identificação dos terrenos de cada possuidor.

A possibilidade de ajuizamento coletivo do usucapião, por população de baixa renda, representa um avanço imensurável na regularização fundiária no Brasil.

O requisito de não identificação dos terrenos de cada possuidor é pensado em função do adensamento da área, inclusive para abertura de acessos, e não seria realmente razoável que pudesse ocorrer usucapião coletivo em lotes facilmente individualizados. A intenção do legislador foi alcançar aquelas situações onde, embora o local da posse possa ser certo, seu objeto se encaixa em perfil urbanístico indesejável, quer dizer, em um número habitacional desorganizado, no qual os espaços não seriam passíveis de regularização pela via do usucapião individual. Encaixam-se em situações como tais as conhecidas favelas, ou núcleos habitacionais semelhantes desprovidos de planejamento urbano, nas quais os moradores têm posse material certa de seus barracos, ou de pequenas casas de alvenaria, porém, “dado o caos urbanístico das vielas e a

---

<sup>263</sup> Art. 10 do Estatuto da Cidade: “As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º. O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º. A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º. Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º. O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º. As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes”. BRASIL. **Lei n. 10.257/01**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10 de setembro de 2008

própria precariedade das construções, está a ocupação individual sujeita a constantes alterações qualitativas e quantitativas”<sup>264</sup>.

Ademais, é certo que muitas favelas localizam-se em área privadas, e realmente o instrumento mais ágil para regularização é o usucapião, como alternativa de política habitacional, já que os municípios não possuem vontade política e tampouco verbas para desapropriar terrenos ocupados nessas áreas para fins de moradia.

Segundo Gilberto Schäfer<sup>265</sup>

O artigo exige que não seja ‘possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor’. Devemos procurar esta impossibilidade de identificação nos fins do Estatuto da Cidade para não inviabilizar a sua aplicação. Os fins estão em consonância com o direito à moradia que exige a proteção à posse, traduzindo-se em segurança jurídica contra o proprietário-registral – não mais proprietário legal em face da usucapião, cuja sentença é meramente declaratória – para que as pessoas ali assentadas possam estabelecer condições mínimas de dignidade. Assim, o requisito não deve ser entendido num tecnicismo absoluto, mas dentro de uma proposta que permita trabalhar áreas muito densas. Por isso, o conceito a ser utilizado é o de densificação habitacional. Estritamente não haveria impossibilidade de identificação, pois através de um levantamento topográfico e cadastral todos os terrenos podem ser objeto de identificação.

De todo modo, embora a lei não preveja restrição ao tamanho máximo ou mínimo da área possuída de forma individual, até porque, como regra, a sentença atribuirá apenas uma fração ideal do imóvel para cada compossuidor, é de se anotar que não é razoável que a fração ideal de cada um corresponda a mais de 250 m<sup>2</sup>, o que desnaturaria a *ratio legis* de proporcionar instrumento de regularização fundiária para população de baixa renda.

---

<sup>264</sup> LOUREIRO, Francisco. Usucapião coletivo e habitação popular. In ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004, p. 96.

<sup>265</sup> SCHÄFER, Gilberto. Usucapião Especial Urbana: Da Constituição ao Estatuto da Cidade, apud ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004, p. 122-123.

Cumpridos estes requisitos, é possível aos possuidores, em comosse, ou servindo-se de substituto processual, ajuizar ação para declarar o usucapião coletivo. Ao passo em que o usucapião individual tem a finalidade de regularizar a situação fundiária, o coletivo possui, além desta tarefa, a de permitir a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, declarando condomínio peculiar entre os usucapiantes, com base na comosse, ou de posse não perfeitamente delimitada de todos<sup>266</sup>.

A sentença na ação de usucapião coletivo cria uma comosse ou um condomínio especial entre os usucapiantes, não sujeito à extinção, salvo por deliberação tomada por 2/3 dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à sua constituição, nos termos do art. 10, § 4º do Estatuto da Cidade. Isto porque este novo condomínio cria espaços de ocupação exclusiva com espaços de ocupação comum, sem criação de unidades autônomas, não se permitindo, segundo a intenção legislativa, a possibilidade de um dos condôminos requerer novo usucapião contra os demais comunheiros. Por outro lado, segundo § 3º do mesmo preceito, se houver acordo escrito entre os condôminos, poderá o Juiz estabelecer frações ideais diferenciadas. Como proprietários, os usucapiantes tornar-se-ão legítimos proprietários das glebas ideais, sendo prudente que o Poder Público grave o território em processo de regularização como Zona Especial de Interesse Social – ZEIS, cujo instituto será analisado mais adiante, de maneira a protegê-la da especulação imobiliária.

Francisco Loureiro<sup>267</sup> afirma que:

A dificuldade em operacionalizar o usucapião coletivo está, exatamente, em admitir a legalização da 'cidade ilegal', a antítese sempre existente entre as ordens formal e informal, como a cidade que obedece aos cânones de respeito ao direito de propriedade privada e às regras de urbanismo e a cidade que invade a propriedade privada e ignora a ordem urbanística. [...] Diante, porém, da situação de fato corriqueira e irreversível que

---

<sup>266</sup> A simplificação do procedimento judicial do usucapião urbano coletivo pode advir da dispensa dos laudos técnicos ou a celebração de convênios entre o Poder Judiciário e o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, para evitar o pagamento das custas de perito para elaboração do levantamento topográfico; a instituição de normas pelo Tribunal de Justiça de cada Estado de modo a simplificar e agilizar o procedimento de usucapião, além de outros instrumentos de regularização fundiária.

<sup>267</sup> LOUREIRO, Francisco. Usucapião coletivo e habitação popular. p. 96.

representam, resolveu o legislador criar mecanismos para dar-lhes viabilidade e a oportunidade de urbanização, ou, em termos diversos, estabeleceu a relevância jurídica de determinada situação de fato.

Por outro lado, diante da rotatividade existente nas favelas, o objetivo do usucapião coletivo é assegurar a moradia para a pessoa que estiver na posse do imóvel, donde exsurge relevante a lembrança ao já mencionado § 1º do art. 10, ao prever a soma do tempo de posse de seu antecessor, desde que sejam contínuas. Enfim, esta modalidade de usucapião

será um instrumento muito importante para a regularização fundiária, por meio da aquisição do domínio pleno pelos moradores dos núcleos de favelas, ou de lotes populares subfracionados adquiridos pela população de baixa renda em áreas urbanas que se caracterizam como loteamentos urbanos irregulares ou clandestinos<sup>268</sup>.

### **3.1.1.2 Desapropriação**

O já citado art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal, em se tratando de imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, prevê a desapropriação como medida de política urbana, mediante pagamento de títulos da dívida pública no prazo de resgate de 10 anos, após prévia aprovação daqueles títulos pelo Senado Federal.

O art. 1228, § 3º, do atual Código Civil, estabelece que o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

Assim, a desapropriação é uma forma excepcional de aquisição da propriedade privada pelo Poder Público, sujeita a diversos requisitos previstos na Constituição e em outros diplomas legais. Pode ser aplicada em casos de necessidade, utilidade pública ou de interesse social, como é o caso

---

<sup>268</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** p. 390.

específico da regularização fundiária. Destarte, o Poder Público municipal pode aplicar a desapropriação para fins de reforma urbana quando o imóvel não cumprir sua função social<sup>269</sup>.

Os casos de desapropriação por utilidade pública estão previstos no Decreto-Lei n. 3365/41. Já a desapropriação por interesse social está disciplinada na Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962.

A respeito da desapropriação por utilidade pública, a Lei n. 9785<sup>270</sup>, de 29 de janeiro de 1999, introduziu ao § 3º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3365 a impossibilidade de haver retrocessão ou outra utilização ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular.

De todo modo, a medida é extremamente custosa ao Poder Público, e deverá ser aplicada para fins de reforma urbana, tal como previsto no art. 182, § 4º, da Constituição Federal e art. 8º do Estatuto da Cidade, como última medida sucessiva após as de parcelamento ou edificação compulsórios e de IPTU progressivo no tempo, nesta ordem<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> Assim, a desapropriação por interesse social aplica-se aos casos de áreas rurais destinadas à reforma agrária, consoante art. 184 da Constituição Federal, e também de áreas urbanas que possam ser destinadas ao uso condizente com os interesses tutelados pelo princípio da função social da propriedade urbana, na forma do art. 182 da Constituição Federal.

<sup>270</sup> BRASIL. **Lei n. 9785, de 29 de janeiro de 1999**. Altera o Decreto-Lei n. 3365, de 21 de junho de 1941 (desapropriação por utilidade pública) e as Lei n. 6015, de 31 de dezembro de 1973 (registros públicos) e 6766 de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano). Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 14 de setembro de 2008.

<sup>271</sup> O art. 5º e 6º do Estatuto da Cidade prevêem, como instrumentos da política urbana, o parcelamento, edificação e utilização compulsórios, ao passo que o art. 7º estabelece a possibilidade de aplicação de IPTU progressivo no tempo. Art. 8º do Estatuto da Cidade: “Decorridos 5 (cinco) anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública. § 1º. Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até 10 (dez) anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de 6% (seis por cento) ao ano. § 2º. O valor real da indenização: I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei; II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. § 3º. Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos. § 4º. O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de 05 (cinco) anos, contado a partir de sua incorporação ao patrimônio público. § 5º. O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório. § 6º. Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei”.

Através de lei municipal específica para área incluída no plano diretor, a qual fixará condições e prazos para a implementação da obrigação, poderá ser determinado o parcelamento, edificação e utilização compulsórios do solo urbano que não for edificado, não for utilizado ou for subutilizado<sup>272</sup>.

Em caso de descumprimento das obrigações contidas no art. 5º do Estatuto da Cidade, o Município procederá a aplicação do IPTU progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 05 (cinco) anos consecutivos, consoante redação do art. 7º do Estatuto da Cidade. Decorridos 05 anos desta cobrança sem que o proprietário tenha cumprido as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, é que poderá, sucessivamente, o Município, proceder à desapropriação, mediante as condições e forma de pagamentos supra citados.

Assim, embora o Estatuto da Cidade preveja o pagamento parcelado da indenização através de títulos da dívida pública, a desapropriação não deixa de ser medida de trâmite lento e cara aos cofres públicos.

Segundo Nelson Saule Júnior<sup>273</sup>,

O Plano Diretor do Município deverá definir os critérios de cumprimento da função social da propriedade para as diversas regiões da cidade. Deve existir também uma lei municipal determinando o parcelamento, a edificação ou a utilização pelos proprietários de imóveis que não estejam cumprindo sua função social, previamente indicados no Plano Diretor. Não atendendo o proprietário à determinação legal, deverá ser aplicado IPTU progressivo no tempo. Se o proprietário, cinco anos após o início da cobrança de IPTU progressivo, NÃO tenha cumprido a

---

<sup>272</sup> A subutilização é considerada para o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente, consoante prevê o § 1º do art. 5º, devendo o proprietário ser notificado pelo Poder Executivo Municipal para o cumprimento da obrigação, mediante averbação da notificação no cartório de Registro de Imóveis. A notificação poderá ser feita diretamente por funcionário municipal ou por edital, se frustrada três vezes a notificação anterior (§ 3º, II, do art. 5º). Os prazos para implementação da obrigação prevista na notificação não poderão ser inferiores a 01 ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal; e não poderão ser inferiores a 02 anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

<sup>273</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. Como regularizar? **Regularização da Terra e da Moradia. O que é e como implementar.** Instituto Pólis (Coordenação Executiva), Publicação da Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos. São Paulo: 2002, p. 97.

obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o município poderá proceder à desapropriação do imóvel. O pagamento, neste caso, é feito em títulos da dívida pública.

Embora seja a desapropriação uma ação conhecida do meio judicial, para fins de regularização fundiária recomenda-se sua utilização como uma alternativa, embora não seja a mais célere, devido ao seu burocrático procedimento e seu alto custo para os cofres públicos, e principalmente diante de inúmeros outros meios legais<sup>274</sup> para regularizar a posse em áreas urbanas

Importante anotar que o art. 1228, §§4º e 5º do Código Civil, prevê a expropriação privada, bastante similar ao instituto do usucapião coletivo. Estabelece o § 4º do art. 1228 que o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, tais como a construção de moradias ou melhorias no imóvel. O § 5º prevê que, nesse caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Esta inovação da expropriação privada constitui medida de relevante interesse social, podendo ser aplicada mormente nas grandes cidades e em áreas de notória ocupação urbana, amenizando o sofrimento dos conhecidos sem-teto e estimulando, ao mesmo tempo, que o proprietário confira ao seu imóvel a sua função social.

Porém, a expropriação privada difere do usucapião urbano ao dispensar o ânimo de dono, pois apenas exige o estado de necessidade dos possuidores, e deverá ser requerido pelos próprios possuidores ao Poder Judiciário<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> Os quais serão analisados mais a frente.

<sup>275</sup> A expropriação também difere da desapropriação pois naquela não há a expedição de decreto expropriatório por parte do Poder Público. Consoante o Enunciado n. 84 aprovado pela Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado Aguiar, do STJ, verbis: “a defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1228, § 4º e §5º do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”.

A seguir, analisar-se-ão as perspectivas à criação judicial do Direito na regularização fundiária.

## **3.2 PERSPECTIVAS À CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

### **3.2.1 O alcance da atuação do Juiz na sociedade de desiguais: solidariedade e alteridade**

A função jurisdicional e o papel da Política Jurídica foram discutidos no primeiro capítulo do estudo, iniciando-se pela abordagem da relação entre a Dogmática Jurídica, e o reconhecimento do caráter político-jurídico da norma, ou seja, a existência de uma validade material, e não meramente formal, daquela.

Ainda na primeira parte, abordou-se a relação intrinsecamente necessária entre a Ética, a Política e o Direito, ultimando-se com o reconhecimento do papel corretivo da Política Jurídica no cumprimento dos princípios éticos, e também a existência de uma ética de responsabilidade, especialmente dedicada, neste estudo, à função jurisdicional.

Os processos de informalidade da posse, cada vez mais crescentes nas áreas urbanas, possuem diversos aspectos. A questão da migração para os grandes centros, por famílias mais pobres, na intenção de alcançar melhoria na qualidade de vida, é um dos motivos que reforçam o quadro de extrema pobreza, eis que não possuem acesso ao mercado formal de moradias, e acabam por causar ocupações irregulares nas cidades. Além disso, a ausência de cuidado efetivo para com estes problemas, além das causas urbanísticas e ambientais, todas que resultam do padrão excludente na gestão das áreas urbanas, contribuem para o agravamento da situação, pois não oferecem condições suficientes e adequadas de acesso à terra urbana e à moradia para os mais pobres.

---

As ocupações irregulares e as favelas, proliferam-se justamente nas áreas ambientais mais fragilizadas, as quais, embora sejam protegidas por lei (ao menos no papel) não são alvo do mercado imobiliário formal. Por outro lado, também não são objeto de proteção adequada por parte do poder público.

Isto não significa, naturalmente, que a informalidade esteja apenas ligada, diretamente, à pobreza. De todo modo, as inúmeras formas de irregularidade, tais como as favelas, loteamentos clandestinos, cortiços, apresentam-se de forma individualizada e distinta por todo o território brasileiro. Todas, porém, possuem uma característica comum: a omissão do Poder Público na intervenção planejada na aquisição da posse ou da propriedade. Como exemplos, as áreas alagadas, onde é comum o aterramento de grandes partes de manguezais, e as construções irregulares em áreas de marinha ou de preservação ambiental; e as áreas de risco – principalmente situadas em terrenos de alta declividade, nas faixas de rodovias, etc.

Com isso, a segurança da posse deve ser um ponto crucial no reconhecimento do direito à moradia, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia. Nesse sentido, é dever do Poder Judiciário, na pessoa de seus magistrados, conhecer a diversidade das formas de uso e ocupação do solo presentes nas áreas urbanas a fim de auxiliar nos programas de urbanização das áreas informais.

Não basta apenas reconhecer segurança jurídica à posse de cada ocupante, seja através da legalização de títulos de posse ou de propriedade, mas é necessário integrar os assentamentos informais ao conjunto da cidade, de modo a integrar e reverter o padrão excludente destas áreas. Eis aqui uma variável para que, com base em seu conhecimento sobre a área, possa o magistrado acompanhar a evolução dos processos de regularização fundiária de cada cidade, sob sua jurisdição.

Diante das considerações ora apresentadas, não se há como negar que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ter função de demarcar um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.

O egocentrismo dos homens, que vê no seu semelhante uma ameaça ao seu espaço, impede realizar o sonho de viver em plenitude o respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais se insere o direito à moradia.

Ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, impende relacioná-la ao dever que cada ser humano tem, de preocupar-se com o outro, de ser solidário.

Na visão de Osvaldo Ferreira de Melo<sup>276</sup>, a categoria solidariedade, “na linguagem filosófica do Direito, é o agir em benefício de outrem, ou seja, o compartilhamento social. Nesta acepção o significante é usado como categoria da *Política Jurídica*”.

E é este o objeto da Ética: o dever de alteridade, de preocupação com o outro. A Ética tem por objeto o dever. Relembre-se que, enquanto a Moral não se exterioriza, a Ética é ação, uma relação de alteridade. Ou seja, a dialética da alteridade, na qual os direitos e deveres estão em dois extremos.

Alteridade e solidariedade são deveres éticos.

A conhecida relação das categorias liberdade, igualdade e fraternidade, demonstra que esta última decorre de um princípio ético, ao passo que as duas primeiras decorrem de princípios políticos. Entretanto, a fraternidade passou a ser denominada de solidariedade, com o fim de evitar qualquer conotação religiosa.

A solidariedade é, portanto, intimamente ligada ao campo da proteção, e depende de um agir comprometido com as diferenças.

A Deontologia Jurídica, analisada no primeiro capítulo, faz a intermediação entre a Ética e o Direito, relacionando normas éticas referentes à profissão.

A Magistratura Nacional, em momento histórico à sua declaração formal de comprometimento com os princípios éticos, também é agora respaldada por um recentíssimo Código de Ética<sup>277</sup>, aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 04 de agosto de 2008,

---

<sup>276</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 89.

nos autos do Processo n. 200820000007337, publicado no DJ da União, p. 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008.

Seus fundamentos<sup>278</sup> são os de que a adoção de um Código de Ética é instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral, traduzindo-se em compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça. É fundamental para a magistratura cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais.

O Código de Ética da Magistratura possui 12 (doze) capítulos, discorrendo sobre disposições gerais (art. 1º a 3º), independência (capítulo II), imparcialidade (capítulo III), transparência (capítulo IV), integridade pessoal e profissional (capítulo V), diligência e dedicação (capítulo VI), cortesia (capítulo VII), prudência (capítulo VIII), sigilo profissional (capítulo IX), conhecimento e capacitação (capítulo X), dignidade, honra e decoro (capítulo XI), e disposições finais (capítulo XII).

O dispositivo mais fecundo e propício como base de toda a atividade judicial, encontra-se apresentado no art. 3º do Código de Ética em comento<sup>279</sup>:

Art. 3º. A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as partes

A atividade de garantir e fomentar a dignidade, na regularização da informalidade urbana, depende não apenas dos conhecimentos jurídicos do magistrado em sua atuação nos processos que lhe são submetidos,

---

<sup>277</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/codigo\\_etica\\_magistratura/codigo\\_etica\\_magistratura\\_nacional\\_oficial.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/codigo_etica_magistratura/codigo_etica_magistratura_nacional_oficial.pdf). Acesso em 01 de novembro de 2008.

<sup>278</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/codigo\\_etica\\_magistratura/codigo\\_etica\\_magistratura\\_nacional\\_oficial.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/codigo_etica_magistratura/codigo_etica_magistratura_nacional_oficial.pdf). Acesso em 01 de novembro de 2008.

<sup>279</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/codigo\\_etica\\_magistratura/codigo\\_etica\\_magistratura\\_nacional\\_oficial.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/codigo_etica_magistratura/codigo_etica_magistratura_nacional_oficial.pdf). Acesso em 01 de novembro de 2008.

mas especialmente de colocar à disposição do Poder Público estes conhecimentos no intuito de promover atividade solidária à situação de necessidade dos demais seres humanos. É cooperar, auxiliar, garantir e promover, por diversos meios, na promoção do princípio universal de uma vida digna.

Embora, no Brasil, estejamos ainda longe de obter uma real e efetiva disponibilização de idênticas oportunidades de capitais, recursos, educação e treinamentos técnicos, paulatinamente tem-se a real compreensão do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana. Enquanto uma igualdade efetiva ao direito de ser proprietário não se consolida, compete ao magistrado intensificar ações com base na alteridade e no dever de solidariedade, permitindo aos cidadãos interagir na produção social do espaço urbano, fortalecendo os interesses da cidadania no acesso à terra.

Importante a lição de Francisco Cardozo Oliveira:

Uma função social que possa modificar apenas a estrutura formal do direito de propriedade não se trata de funcionalização efetiva. A modificação na esfera normativa do direito pode não ser suficiente para alterar a realidade. E, sem a possibilidade de mudança concreta da realidade social, toda a construção teórica e jurisprudencial em torno da função social da propriedade pode restringir-se a um esforço retórico de revitalizar o arcaico dando-lhe nova aparência, numa espécie de estetização do conceito. A finalidade última da função social deve ser a de modificar a realidade social e, neste sentido, ela precisa conter a promessa de que todos podem ser proprietários. A propriedade deve ser instrumento de desenvolvimento pessoal. Deve permitir que cada pessoa possa ser proprietária e, com isso, ter acesso a bens e à vida digna em sociedade. A premissa de direito constitucional de ser proprietário pressupõe a existência e a consolidação de um objetivo de justiça social cooperativa, entre cidadãos livres e iguais, e de uma democracia de propriedade privada, conforme sugerido por John Rawls, que não se confunde com o modelo de propriedade privada como direito natural<sup>280</sup>

---

<sup>280</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e Tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro; Forense, 2006, 360p, p. 276-277.

O art. 182 da Constituição Federal, em conjunto com os art. 29 e 30, conferiram ao Município a missão de conduzir a política de desenvolvimento urbano, executando a organização das cidades. O desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar coletivo foram entregues ao Município, local onde os Juízes de Direito se encontram alocados mais de perto, permitindo-lhes total acompanhamento e direcionamento no trato do tema.

Os alicerces da regularização fundiária consistem na tríade: ampliação dos meios legais do direito de morar; a sustentabilidade dos assentamentos humanos e o resgate ético da cidadania<sup>281</sup>.

A função social da propriedade e da posse não ultrapassam os limites do direito e tampouco esvaziam a propriedade privada. Ao contrário, apenas resgatam a natureza valorativa do direito e respeitam o princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental. A concretização da função social da propriedade e da posse dependem de esforço interpretativo e ativo do magistrado, voltado para os valores e necessidades de cada comunidade, e destina-se à resolução do problema da habitação, especialmente para a população de baixa renda, garantindo a efetividade do direito social à moradia e à qualidade de vida.

Apresentar-se-ão a seguir os principais instrumentos de política urbana e de regularização da posse, ou seja, algumas iniciativas judiciais passíveis ao magistrado na aplicação do direito que deve ser em matéria de regularização fundiária.

### **3.2.2 Os principais instrumentos de política urbana e regularização da posse**

#### ***3.2.2.1 Zonas ou Áreas Especiais de Interesse Social***

As Zonas ou Áreas Especiais de Interesse social, mais conhecidas como ZEIS ou AEIS, estão previstas no art. 4º, V, alínea “f”, do Estatuto da cidade, e têm por objeto os assentamentos habitacionais espontâneos caracterizados por irregularidades jurídicas ou urbanísticas na ocupação do solo

---

<sup>281</sup> ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Regularização Fundiária: Um Imperativo Ético da Cidade Sustentável – O Caso de Porto Alegre.** p 157 e seguintes.

urbano. Estas áreas flexibilizam os parâmetros urbanísticos quanto ao uso, ocupação e parcelamento do solo, a partir do reconhecimento das tipicidades locais, para facilitação da regularização fundiária do assentamento.

As ZEIS podem conter áreas públicas ou particulares ocupadas por população de baixa renda, e são objeto da regularização jurídica da posse, para fins de moradia. Sua finalidade é a produção e manutenção de áreas de habitação de interesse social, regularizando sua situação jurídica especialmente em favelas, assentamentos urbanos de baixa renda, loteamentos populares irregulares, terrenos não edificadas, subutilizados ou não utilizados necessários à implementação de programas habitacionais e habitações coletivas (cortiços)<sup>282</sup>.

Betânia Alfonsin<sup>283</sup> lembra que

Como é sabido, a maioria das cidades brasileiras adota o zoneamento de uso do solo como um instrumento importante de Planejamento Urbano. [...]O movimento de reforma urbana utilizou esse instrumento, bastante tradicional de Planejamento

---

<sup>282</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. Como regularizar? p. 92-93. Ao especificar os tipos de ZEIS para fins de regularização fundiária, o mesmo autor, a fls. 93-94, estabelece:

“áreas de favelas onde haja interesse público de promover a urbanização e a regularização fundiária. Através desse instrumento, podem ser delimitadas as áreas particulares cujo direito à propriedade pelo Usucapião urbano, através da posse para fins de moradia, foi adquirido pela comunidade de baixa renda, bem como as áreas públicas onde a população tem direito à outorga da Concessão Especial de Uso para fins de Moradia;

“áreas com loteamentos irregulares em que o Poder Público necessite promover a regularização jurídica do parcelamento, a complementação da infra-estrutura urbana ou dos equipamentos comunitários, bem como a recuperação ambiental. Nesses casos, quando o loteador não for responsabilizado, a Prefeitura Municipal poderá promover a regularização de loteamento, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e para defender os direitos dos adquirentes de lotes;

“áreas de grande incidência de cortiços, onde o poder público pretende conduzir um programa de renovação de edifícios e de regularização da condição dos moradores. Esse tipo de ZEIS pode ser utilizado para revitalizar a região e permitir o uso intensificado da área para projetos habitacionais de interesse social para a população moradora de cortiço;

“áreas com concentração de terrenos não edificadas, não utilizados ou subutilizados onde o poder público vise a implementação de programas habitacionais. Este tipo de ZEIS pode delimitar áreas com concentração de terrenos urbanos que estão sem uma destinação social, para implantação de programas habitacionais de interesse social. Por este mecanismo se atinge diretamente os vazios urbanos e as áreas subutilizadas do município. Apesar de esse tipo de instrumento não servir diretamente para a regularização, pode ser utilizado em conjunto com outros instrumentos, de maneira que os moradores removidos de outros terrenos, que não podem ser ocupados ou devem ser desadensados, tenha para onde ir”.

<sup>283</sup> ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In ROLNIK, Raquel et al. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. p. 62.

(zoneamento), em sua estratégia de consolidação do direito de moradia das populações ocupantes de área que, pelo zoneamento de usos, estavam destinadas para outros fins que não o de moradia. [...] Sabe-se [...] que, historicamente, o Zoneamento foi utilizado, sim, em muitos casos, para legimitar um apartheid urbano ou, até mesmo, para impedir a localização (ou permanência) de famílias de baixa renda em determinados locais. A tática, então, do movimento de reforma urbana no Brasil, foi se apropriar do instrumento do zoneamento, criando a figura da ZONA ESPECIAL DE INTERESSE SOCIAL para combater a segregação que o próprio instrumento gerava.

E para efeitos de regularização fundiária, segundo a autora, percebeu-se que o zoneamento poderia ser flexionado de duas maneiras: a) nos casos em que diferentes cidades brasileiras, em diferentes períodos, disciplinaram o zoneamento a partir de interesses econômicos e políticos em favor do mercado imobiliário; e b) como forma de respeitar uma realidade criada por necessidades sociais, as quais conduziram determinada parte da população a instalar-se num espaço da cidade criado pela própria comunidade<sup>284</sup>.

O estabelecimento de ZEIS ou AEIS desencoraja o mercado imobiliário na sua atividade especulativa, eis que embora não haja vedação de alienação em referidas áreas, fica ela vinculada a um uso de interesse social, dissipando o interesse do mercado. O instituto tem ainda mais valia quando utilizado conjuntamente com o usucapião urbano coletivo, eis que nestes casos as famílias recebem um título de propriedade, de modo a igualmente desencorajar maiores interesses de circulação econômica do bem regularizado.

A instituição das ZEIS se dá por lei municipal, que tanto pode ser a do próprio Plano Diretor ou por lei específica, a qual deverá conter os perímetros delimitados das áreas, critérios para as normas de ocupação e uso do solo e instrumentos que poderão ser utilizados nos processos de regularização e urbanização das áreas<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. p. 62-63.

<sup>285</sup> Especialmente nos casos das favelas, é recomendável que a ocupação esteja consolidada e seja predominantemente residencial, passível de urbanização, excluindo-se as áreas localizadas em zonas de risco, sob pontes, viadutos, etc. Sua solicitação pode ser feita através dos próprios

No que se refere à regularização jurídica,

as normas especiais de parcelamento, uso e ocupação do solo e de edificação possibilitam o registro do parcelamento do loteamento, do conjunto habitacional ou do projeto de urbanização da favela, no Cartório de Registro de Imóvel competente e a utilização dos institutos que conferem uma titulação da área para a população beneficiária, como o usucapião urbano, a concessão de direito real de uso, a concessão de uso para fins de moradia, o direito de superfície ou o contrato de compra e venda<sup>286</sup>.

Após sua instituição, o Plano de Urbanização é o instrumento executado pelo Poder Público que orienta as intervenções nas ZEIS. Deverá ele especificar as fontes de recursos para implementação das intervenções previstas nas ZEIS, e especificar as atividades a serem desenvolvidas, constituindo um plano de ação social, ao reger o atendimento habitacional para os grupos de moradores de áreas de risco, fixar preços e forma de financiamentos, diagnosticar o ambiente e a condição socioeconômica da população residente.

O plano de urbanização deverá definir formas de gestão, implementação, e manutenção das ZEIS, assegurando a participação da população, da iniciativa privada, dos promotores imobiliários, das associações e das cooperativas de moradores. Esse instrumento deve definir os padrões específicos de parcelamento, edificação, uso e ocupação do solo e fixar preço e forma de financiamento, de transferência ou de aquisição das unidades habitacionais a serem produzidas<sup>287</sup>.

A criação de ZEIS representa hoje a realidade que há de uma cidade fracionada, despida de todos os requisitos que uma vida urbana pode e deve conferir. Por isso, é necessária a inclusão dessas áreas nos mapas de

---

moradores, por iniciativa do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou por iniciativa própria dos órgãos municipais.

<sup>286</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. p. 366.

<sup>287</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. Como regularizar?. p. 95

zoneamento municipais, mediante definições de políticas de investimento área melhoria das habitações e, por conseguinte, da qualidade de vida da periferia.

**3.2.2.2 Concessão do direito real de uso e concessão especial de uso para fins de moradia: a importância da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001 e da Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007**

O art. 4º do Estatuto da Cidade, ao elencar os instrumentos de Política Urbana prevê duas hipóteses de concessão de uso: a) a concessão de direito real de uso, e b) a concessão de uso especial para fins de moradia. Esta última se destina unicamente ao uso para fins de moradia, ao passo que o primeiro permite ser utilizado com diversas finalidades urbanísticas. Porém, na prática,

os dois instrumentos deverão ser utilizados com os mesmos objetivos, já que a menção feita pela lei à concessão do direito real de uso o aproxima da utilização para fins de moradia: o art. 4º, § 2º, do Estatuto da Cidade previu expressamente que nos casos de *programas e projetos habitacionais de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos pode ser contratada coletivamente*<sup>288</sup>

---

<sup>288</sup> ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. p. 66.

A concessão do direito real de uso, CDRU, aplica-se à posse de terras públicas, e é o contrato feito pelo Poder Público com os moradores de terrenos de propriedade pública<sup>289</sup>.

O art. 183, § 1º da Constituição Federal, já citado, ao tratar sobre o usucapião especial urbano, estabelece que o título de domínio e a concessão de uso poderão ser conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, indistintamente do estado civil. Eis aqui o embrião para a previsão, no Estatuto da Cidade, em data de 10.07.01, no art. 4º, “h”, da concessão de uso especial para fins de moradia, conhecida como CUEM. A redação original do Estatuto da Cidade havia reservado 05 (cinco) artigos para o trato deste instituto, os quais foram vetados pelo Governo Federal, cujas razões ligaram-se ao fato de que a lei não estabelecia um lapso temporal que obstaculizasse a possibilidade de ser reconhecido, a qualquer tempo, o direito subjetivo a novos ocupantes de áreas públicas<sup>290</sup>

---

<sup>289</sup> Seu fundamento é o art. 7º do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, o qual criou a possibilidade de um particular ter o uso de um terreno público, destinado à urbanização ou outro fim social, com fins específicos de regularização fundiária de interesse social. O *caput* do art. 7º teve recentemente sua redação alterada pela Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, a qual será analisada ainda neste tópico. Porém, mesmo anteriormente à esta recente modificação, sua utilização já vinha sendo usada por muitos municípios brasileiros, como instrumento de regularização fundiária em áreas públicas. Os contratos eram celebrados tendo como base legal o Decreto 271/67. A perfectibilização da CDRU depende de autorização legislativa, avaliação prévia e concorrência, ficando estas duas dispensadas nas hipóteses de concessões destinadas à habitação popular, consoante art. 17, I, “f”, da Lei Federal n. 8666/93, com redação dada pela Lei Federal n. 8883/94. Pode ser concedido por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, sendo inscrito e cancelado em livro especial, podendo ainda ser onerosa se fundamentada no custo da urbanização, por ex, se outorgada para uma associação comunitária ou uma cooperativa habitacional formada pelos beneficiários, visando atender o princípio da função social da propriedade, de modo a garantir a manutenção da área pública destinada para fins de habitação de interesse social. Atualmente, consoante recente modificação legislativa, que será também vista ainda neste tópico, mais adiante, é possível sua inscrição no Registro de Imóveis. No Estatuto da Cidade, a concessão de direito real de uso está prevista no art. 48, destinada para os programas e projetos de habitação de interesse social, e seus contratos terão caráter de escritura pública. Embora a Constituição Federal de 1988 proíba a usucapião de imóveis públicos, a construção hermenêutica transpôs a barreira que impede a regularização fundiária dos assentamentos em área pública, baseado no pressuposto ético e jurídico que não apenas o imóvel particular, mas também o bem público, seja ele da União, dos Estados ou dos Municípios, deve cumprir a função social, insculpida no art. 5º da Constituição Federal e já tão aclamado no presente estudo.

<sup>290</sup> ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. p. 66.

Porém, logo em seguida, em data de 04 de setembro de 2001, foi editada a Medida Provisória n. 2.220<sup>291</sup>, editada com o fim de regulamentar o art. 183, § 1º, da Constituição Federal, tratando em seu capítulo I sobre a concessão especial de uso para fins de moradia, cujo objeto é unicamente de imóveis públicos, tal como ocorre na CDRU.

Trata-se de importantíssimo instrumento, se não o mais importante, já previsto em lei até o momento, eis que contém previsão de concessão apenas do uso, e não da propriedade, permanecendo o domínio do bem em poder da Administração Pública, em quaisquer de suas esferas, federal, estadual ou municipal. Ou seja, outorga-se o direito de usar o bem para moradia, quer dizer, dá-se a concessão de apenas um dos poderes inerentes ao direito de propriedade, o direito de usar, o que reforça o entendimento apresentado no capítulo anterior que a proteção da moradia nas áreas urbanas não se dá necessariamente pela concessão de título de domínio, mas também através de meios legais de proteção da posse por si só<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> BRASIL. **Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001**. Publicada no Diário Oficial da União, de 5 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o art. 183, § 1º da Constituição, e cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e dá outras providências.

<sup>292</sup> A Medida Provisória protege a posse destinada à moradia, unicamente nas áreas urbanas. Seu art. 1º o conferiu àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinqüenta metros quadrados) de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Na mesma esteira do usucapião especial urbano, a CUEM será concedida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, permitida a sucessão de posse pelo herdeiro legítimo, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. Da mesma forma, não poderá ser concedida mais de uma vez à mesma pessoa, identicamente ao que ocorre na usucapião. O art. 7º da Medida Provisória prevê que o direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, e seu art. 8º ratifica que a CUEM extingue-se se houver desvio de finalidade que não seja a moradia, ou seja, no caso de o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família, ou no caso de o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. O art. 2º da Medida Provisória prevê a possibilidade de concessão de uso especial coletivo para moradia, desde que destinados à população de baixa renda e, no mais, remetendo-se às mesmas considerações previstas para o usucapião coletivo. Esta foi efetivamente uma grande novidade trazida pelo texto legal, eis que os programas anteriores de regularização fundiária em áreas públicas tinham dificuldades no registro da concessão de direito real de uso pela forma coletiva, o que passou a existir na concessão de uso especial para fins de moradia. A seu turno, o art. 9º prevê o mesmo direito, em idênticas condições, ao possuidor de imóvel público situado em área urbana, para fins comerciais. Importante menção é a prevista no seu art. 3º, o qual preleciona que será garantida a opção de exercer os direitos de que tratam os art. 1º e 2º, também aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até 250 m<sup>2</sup>, da União, Estados e dos

Leia-se:

Pela nova regulamentação, a concessão de uso é um direito subjetivo garantido aos ocupantes de áreas públicas que até a data de 30 de junho de 2001 tenham já cinco anos de posse sobre terreno urbano de até 250 m<sup>2</sup> e o utilizem para fins de moradia sem serem proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Trata-se de um direito real, ou seja, um direito oponível a terceiros e não apenas ao concedente que terá por título um contrato entre o Poder Público e o ocupante da área pública ou ainda uma sentença judicial. Em ambos os casos a concessão do uso deverá ser levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis, para ter eficácia *erga omnes*, ou seja, para aperfeiçoar-se como direito real<sup>293</sup>

Em caso de atuação do magistrado, cuja competência será a Vara da Fazenda e Registro Públicos, proferirá decisão na seara da regularização administrativa, através de uma sentença mandamental, obrigando ao Poder Público uma obrigação de fazer, constituindo verdadeira atividade de política judiciária, estudada nos capítulos anteriores.

Assim, constitui **aspecto inédito**, em termos de Regularização Administrativa, a possibilidade que o Magistrado determine um

---

Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento. Seus art. 4º e 5º estabelecem a possibilidade de exercício do direito previsto na concessão de uso individual ou coletiva em outro local nos casos de ocupação que acarrete risco à vida ou à saúde dos ocupantes ou ainda nos seguintes casos: ocupação de imóvel de uso comum do povo; ocupação de imóvel destinado a projeto de urbanização, de interesse da defesa nacional, de preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais, ou ocupação de imóvel reservado à construção de represas e obras congêneres e situação em via de comunicação. Ressalva-se que não é impossível a concessão da CUEM em áreas de uso comum do povo, o que, porém, deve ser exceção, e que neste caso, depende da necessária desafetação. Tudo dependerá da destinação do uso do imóvel, que deverá ser o da função social. A regra, entretanto, é a transferência da CUEM para outro local, em não ocorrendo essa hipótese. O título de concessão de uso especial para fins de moradia, segundo art. 6º da MP, será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública, mediante autorização legislativa, tendo aquela o prazo de 12 (doze) meses para decidir o pedido, contado da data do protocolo. Em caso de recusa da omissão deste, o interessado poderá obter a CUEM pela via judicial, segundo previsão do mesmo artigo, caput, pois segundo o melhor entendimento, se o interessado preencher os requisitos previstos supra, terá direito subjetivo garantido a ocupar a área pública.

<sup>293</sup> ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. p. 67.

**comando jurídico ao Executivo**, tratando de algo **até então** exclusivo do Poder Executivo, no caso, **Política Pública**. Caso de norma expressa, além das tradicionais composições de litígios entre particulares, o Magistrado **irá conhecer e compor de lides** que dizem respeito a **Direitos Metaindividuais**, com a possibilidade de determinar expressamente o Dever ao Estado de que o mesmo Regularize a Posse da Terra ou coloque à disposição do concessionário Moradia para o seu abrigo. A CUEM processada em juízo, no caso de recusa ou omissão do Ente Executivo, há de possibilitar a Tutela Jurisdicional em forma de **Sentença Declaratória**, excetuando-se a hipótese do art. 4º. Tal sentença irá declarar a **posse da terra dos autores posseiros**. [...] Inaugura outra **fonte de pressão e discussão de Políticas Públicas**, no caso, o Poder Judiciário. Entretanto, a CUEM, em juízo, permite, também, um outro tipo de Tutela, no caso a **Inibitória**. É possível a Sentença conter um comando jurídico, em atenção aos ditames do art. 4º, impondo ao Poder Executivo a **obrigação de fazer a remoção dos posseiros**. Tal obrigação obriga a possibilidade de **pedidos cominatórios** (grifos do autor)<sup>294</sup>

Porém, adverte-se que a declaração judicial deste direito não se confunde com o usucapião de terras públicas, o qual continua não sendo possível em nosso ordenamento jurídico. A concessão de uso, repita-se, não transfere o domínio da área pública, a qual continua pertencendo à União, Estado ou Município. Na CUEM, “o possuidor obtém o direito de uso para fins de moradia, que poderá ser extinto pelo Poder Público se este deixar de manter essa finalidade de sua própria moradia ou de sua família”<sup>295</sup>.

O art. 15 da Medida Provisória em comento alterou disposições da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), estabelecendo a inclusão do registro, além da matrícula, no Registro de Imóveis, conforme redação de seu art. 167, em seus itens 28, 37, 39 e 40, respectivamente, das sentenças declaratórias de usucapião, dos termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial

<sup>294</sup> AGUIAR, Carlos; BORBA, Tereza. Regularização Fundiária e Procedimentos Administrativos, In ROLNIK, Raquel, et al. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. PUC Minas Virtual, 2006, 224p., p. 150-151.

<sup>295</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. p. 414.

para fins de moradia, da constituição do direito de superfície de imóvel urbano, e do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público<sup>296</sup>.

Colhe-se da doutrina:

Sempre que houver concessão de uso, quer através de um contrato realizado entre o ocupante e o Poder Público, quer através de uma sentença judicial nos casos em que o Poder Judiciário foi acionado para garantir a eficácia do direito ao posseiro, deverá haver o registro da mesma junto ao Cartório de RI. Como se sabe, é o registro na matrícula do imóvel que tornará a concessão de uso especial para fins de moradia um direito real, oponível a terceiros, e que, portanto, tem papel importante na garantia da segurança da posse. Trata-se, portanto, de uma etapa fundamental no processo de regularização fundiária e não deve ser encarado como mera formalidade<sup>297</sup>

Sinteticamente, eis alguns pontos comuns e algumas diferenças entre a CDRU e a CUEM, acima enfrentados: a) ambas são um direito real; b) apenas a CUEM pode ser obtida pela via judicial; c) a CDRU pode ser onerosa ou gratuita, ao passo que a CUEM é apenas gratuita; d) a CDRU necessita de processo licitatório, ao contrário da CUEM; e) ambas transferem apenas o uso do bem público; e) na CUEM há o limite temporal para sua utilização como sendo anterior a 30 de junho de 1996, eis que o pedido pode ser utilizado por aquele que detinha a posse ininterrupta do bem, por cinco anos, até 30 de junho de 2001.

A recentíssima Lei 11.481, de 31 de maio de 2007 prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Como se percebe, o legislador teve a preocupação de garantir, não somente aos beneficiados pela CDRU e CUEM, mas também aos beneficiários do direito de superfície, o registro, junto ao Registro Imobiliário, dos institutos de proteção do uso do imóvel para fins de moradia, independentemente da transferência do domínio do bem, seja este do Poder Público ou de particular, para o fim de garantir a posse aos seus ocupantes, inclusive contra terceiros.

<sup>297</sup> ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. p. 70.

<sup>298</sup> Em seu art. 1º, a Lei retifica a redação do art. 1º da Lei n. 9636, de 15 de maio de 1998, e autoriza o Poder Executivo, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo,

A Lei 11481/07 foi o primeiro diploma a estabelecer, objetivamente, qual o público alvo para a regularização fundiária de interesse social, estabelecendo a renda familiar, e não individual, como a referência para estabelecer se os ocupantes da área são ou não de baixa renda. Este parâmetro foi também utilizado para o fim de isentar tais pessoas do pagamento de foros, taxas de ocupação e laudêmos referentes a imóveis de propriedade da União, consoante nova redação conferida pela Lei 11481 ao art. 1º do Decreto-lei n. 1876, de 15 de julho de 1981<sup>299</sup>, ressaltando que a situação de carência será comprovada a cada 04 (quatro) anos.

A Lei de Registros Públicos, n. 6015/73, também passou a vigorar com nova redação ao seu art. 290-A, conferida pela Lei n. 11481 em seu art. 12, isentando de custas e emolumentos o primeiro registro, independentemente da comprovação de pagamento de quaisquer tributos, de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas e rurais de agricultura familiar (inciso I), e também isentou igualmente a primeira averbação de construção residencial de até 70 m<sup>2</sup> (setenta metros quadrados) de edificação em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social. Mais uma vez, estabeleceu no art. 290-A, § 2º, o parâmetro de 05 (cinco) salários mínimos para as famílias que

---

para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada. Consoante nova redação conferida ao art. 6º do mesmo diploma n. 9636/98, a Lei n. 11481 determina também o cadastramento das terras da União, e a demarcação da área a ser regularizada nas áreas urbanas onde houver imóveis possuídos por população carente ou de baixa renda, para sua moradia, onde não for possível individualizar as posses, permitindo-se com isso o assentamento e a posterior outorga de título de forma individual ou coletiva. O art. 2º da Lei n. 11481/07 inclui na mesma Lei 9636 a possibilidade de regularização fundiária da área da União no caso de cadastramento de ocupações para fins de moradia cujos ocupantes sejam de baixa renda, utilizando-se dos institutos da concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Medida Provisória n. 2220, de 04 de setembro de 2001. Conforme citado supra, a mesma Lei conferiu nova redação ao Decreto-Lei n. 271/67, reestabelecendo a concessão de direito real de uso em imóveis públicos com nova redação em seu art. 7º. O art. 6º da Lei 11.481 dá nova redação a alguns artigos do Decreto-Lei n. 9760, de 05 de setembro de 1946, especialmente ao seu art. 18-A, ao permitir à União lavrar auto de demarcação nos seus imóveis, nos casos de regularização fundiária de interesse social, com base no levantamento da situação da área. A redação do § 1º do art. 18 considerada regularização fundiária de interesse social aquela destinada a atender a famílias com renda familiar mensal não superior a 5 (cinco) salários mínimos.

<sup>299</sup> Isenta de laudêmio as transferências do domínio útil de terrenos de marinha, destinados à construção de conjuntos habitacionais de interesse social.

podem ser atendidas pelo programa de regularização fundiária de interesse social.

Permite também a Lei 11481, em seu art. 13, que a concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso e o direito de superfície podem ser objeto de garantia real, assegurada sua aceitação pelos agentes financeiros no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH. E em seu art. 25, a Lei estabelece que a concessão de uso especial de que trata a Medida Provisória n. 2220, de 04 de setembro de 2001, aplica-se também a imóvel público remanescente de desapropriação cuja propriedade tenha sido transferida a empresa pública ou sociedade de economia mista.

Finalmente, a lei n. 11481/07 acrescentou os incisos XI e XII ao art. 1225 da Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002, o atual Código Civil, incluindo no rol de direitos reais, respectivamente, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso, e incluindo como objeto de hipoteca, no art. 1473 do CC, incisos VIII, IX e X, respectivamente, o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso e a propriedade fiduciária.

### ***3.2.2.3 Direito de superfície e direito de preempção***

O art. 21 do Estatuto da Cidade estabelece que o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de Registro de Imóveis. O § 1º do referido preceito reza que o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

A superfície, ao lado da propriedade, do uso e da habitação, dentre outros institutos, é prevista como direito real no art. 1225 do Código Civil (inciso II)<sup>300</sup>. O instrumento permite agilizar algumas situações de regularização

---

<sup>300</sup> O art. 1369 do Código Civil permite ao proprietário, mediante o direito de superfície, conceder o direito de construir ou de plantar no seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis, podendo ser gratuita ou onerosa (dicção do art. 1370 do Código Civil) e mediante responsabilidade dos encargos e tributos ao

fundiária ou urbanização, incentivando o exercício da função social da propriedade urbana, pois o proprietário que transferir o direito de superfície estará incentivando eventual valorização futura do seu imóvel<sup>301</sup>. Há várias situações em que o direito de superfície pode ser utilizado<sup>302</sup>

Importante instituto está também previsto no Estatuto da Cidade em seus art. 25 a 27: o direito de preempção<sup>303</sup>, o qual confere ao Poder Público Municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares, sempre que necessitar das áreas para: I) regularização fundiária, II) execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, III) constituição de reserva fundiária, IV) ordenamento e direcionamento da expansão urbana, V) implantação de equipamentos urbanos e comunitários, VI) criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, VII) criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse

---

superfideciário (art. 1371 do Código Civil). Com a extinção da concessão, o proprietário passa a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário (art. 1375). Em caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superfideciário, no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1376).

<sup>301</sup> O instituto pode ser aplicado pelo seu proprietário também ao Poder Público (previsão contida também no art. 1377 do Código Civil), inclusive nos casos que envolverem negociações de aplicação do IPTU progressivo, liberando o imóvel para serem realizadas obras de urbanização e regularização, cujo direito de uso será repassado aos moradores. Na urbanização de favelas, o direito de superfície referente às moradias pode ser utilizado perfeitamente, permanecendo o imóvel em propriedade da prefeitura. Permite-se inclusive que o direito seja conferido em título coletivo, diretamente para a associação de moradores, em consonância à previsão do usucapião coletivo.

<sup>302</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. Como regularizar? p. 120-121. O autor apresenta algumas hipóteses de aplicação do direito de superfície "a) quando o proprietário tem dívidas tributárias com o município ele pode transferir o direito de superfície de lotes vazios ou ocupados para a Prefeitura, que como contrapartida poderá cancelar os débitos existentes; b) quando a Prefeitura transfere ao proprietário o direito de construir em outro local, com base no potencial construtivo permitido pelo Plano Diretor da cidade ou por lei municipal específica, e o proprietário concede à Prefeitura o direito de superfície de um local que será usado para habitação; c) nas áreas particulares de até 250 m<sup>2</sup>, onde seja cabível o Usucapião Urbano, ocupadas por mais de uma pessoa ou família com construções de mais de um pavimento. Neste caso, o ocupante beneficiado com a aquisição da propriedade poderá conceder o direito de superfície para os demais; d) se a área urbana ocupada for particular, o proprietário pode conceder o direito de superfície para a Prefeitura promover a urbanização e a regularização, e após a urbanização a Prefeitura deve conceder o direito de superfície para a população ocupante da área".

<sup>303</sup> A limitação das áreas em que incidirá o direito de preempção será delimitada por lei municipal, baseada no plano diretor, a qual fixará prazo de vigência não superior a 05 (cinco) anos, renovável a partir de 01 (um) ano após o decurso do prazo inicial de vigência. A preempção, no prazo citado, ficará assegurada independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel (art. 25, §§ 1º e 2º), e seu procedimento está previsto no art. 27 do Estatuto da Cidade.

ambiental e, VIII) proteção de áreas de interesse histórico, cultural e paisagístico (art. 26, incisos I a VIII). Trata-se de instituto muito utilizado, e há muito tempo, nos países europeus.

#### **3.2.2.4 O direito de construir: outorga onerosa, transferência, operações urbanas consorciadas e consórcio imobiliário**

A outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir, estão disciplinadas, respectivamente, nos art. 28 e ss, 32 e 33, e no art. 35 do Estatuto da Cidade, caracterizando-se todas por limitações ou especificidades do direito de construir, e fundamentadas nos programas de regularização fundiária. O instrumento fundamenta-se no princípio do “solo criado”, um antigo instrumento urbanístico utilizado na França e nos Estados Unidos, e já experimentado no Brasil desde a década de 70 em São Paulo.

O art. 35 estabelece que o plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico (relação entre a área edificável e a área do terreno, consoante redação do seu § 1º), adotado mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Explica-se, a respeito do solo criado:

Sua idéia é dar ao poder público a possibilidade de recuperar a ‘mais-valia’ obtida pelo proprietário graças a valorização gerada por investimentos públicos urbanos. Ao prover infra-estrutura urbana, ou ao aumentar o potencial construtivo de um terreno, a ação do poder público geralmente provoca imediata valorização fundiária e imobiliária da área, gerando lucros significativos aos proprietários, sem que estes tivessem efetuado qualquer benfeitoria no seu imóvel. O “solo criado” torna o direito de construir independente da propriedade urbana, e permite que Estado onere construções que ultrapassem o coeficiente mínimo, estabelecido no plano diretor, para a região onde se localiza o imóvel<sup>304</sup>.

---

<sup>304</sup> ROLNIK, Raquel; PINHEIRO, Otilie Macedo. (coord) **Plano diretor participativo: guia para elaboração pelos Municípios e cidadãos.** p. 129.

O solo criado, juntamente com o instrumento do art. 35 do Estatuto<sup>305</sup>, qual seja, a transferência do direito de construir, podem servir para compensar as perdas do proprietário relativas a processos de tombamento, necessidade do imóvel para programas de regularização fundiária, urbanização em áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social, por ex.

Outra variante da outorga onerosa do direito de construir, encontra-se nas chamadas operações urbanas consorciadas, previstas nos art. 32 e 33 do Estatuto da Cidade, denominadas o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, através de lei municipal específica baseada no Plano Diretor, em áreas delimitadas, com a participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental (redação conferida pelo art. 32,§ 1º do Estatuto da Cidade)<sup>306</sup>.

Finalmente, vale fazer menção à previsão do consórcio imobiliário, contido no art. 46 do Estatuto da Cidade, o qual poderá ser celebrado para execução de planos de urbanização ou edificação, nas áreas consideradas não utilizadas, não edificadas, subutilizadas no plano diretor, para as seguintes finalidades: implantação de loteamento popular, construção de conjuntos habitacionais populares, reforma de prédios e imóvel fechados ou subutilizados

---

<sup>305</sup> Art. 35 do Estatuto da Cidade: “Lei Municipal baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. § 1º. A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput. § 2. A lei municipal referida no capu estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir”.

<sup>306</sup> Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, consoante o § 2º do mesmo preceito, dentre outras medidas: a) a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrentes; b) a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente. As operações urbanas consorciadas possuem argumento pro e contra, sendo o primeiro deles fundamentado no fato de que a recuperação da cidade acaba por ser financiada pelo capital privado, e o segundo no fato de que as operações consorciadas podem funcionar para valorizar ainda mais áreas valorizadas, perdendo qualquer caráter redistributivo.

para a implantação de projetos de habitação de interesse social em regiões centrais, implantação de equipamentos urbanos e comunitários em regiões com carência de serviços e equipamentos, urbanização e regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda.

### ***3.2.2.5 A regularização da posse urbana e a Lei n. 6766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano): as expectativas do Projeto de Lei n. 3057/00 (Lei de Responsabilidade Territorial)***

O Estatuto da Cidade não trata dos processos de parcelamento do solo, permanecendo hígida a Lei Federal de parcelamento do solo, Lei n. 6766/79<sup>307</sup>, alterada pela entrada em vigor da Lei n. 9785, de 29.01.99.

O parcelamento do solo urbano pode ocorrer mediante loteamento<sup>308</sup> ou desmembramento<sup>309</sup>. Os loteamentos possuem função primordial na organização e estruturação das cidades, representando não apenas a criação de lotes, mas em alguns casos são verdadeiras cidades, com complexa problemática daí decorrente.

A Lei n. 6766/79 apresentou as exigências formais para aprovação dos parcelamentos e possui repercussão direta na formação e regularização dos empreendimentos. Esta Lei é de suma importância para a regularização fundiária, e encontra-se em fase de revisão, decorrente do trâmite do Projeto de Lei n. 3057/00, denominada “Lei de Responsabilidade Territorial”, que será brevemente considerada mais a frente.

A Lei em foco abrange disposições de várias naturezas, podendo-se extrair ao menos 04 (quatro) naturezas diferenciadas de sua leitura: normas de natureza registral, urbanística, ambiental e social.

---

<sup>307</sup> BRASIL. **Lei n. 6766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, de 20 de dezembro de 1979.

<sup>308</sup> Segundo art. 2º, § 1º, da Lei 6766/79, “considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamentos, modificação ou ampliação das vias existentes”.

<sup>309</sup> Segundo art. 2º, § 2º, da Lei n. 6766/79, “considera-se desmembramento a subdivisão da gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes”.

No que toca ao seu carácter registral, as normas da Lei 6766/79, com fundamento no art. 22, XXV, da Constituição Federal, são dotadas de plena aplicabilidade. Em seu sentido urbanístico, porém, as normas da Lei em tela possuem o sentido de norma geral, diante da mencionada competência concorrente e da possibilidade de implementação específica por cada lei municipal, consoante art. 24, I c/ c seu § 4º.

Desta forma:

[...]toca aos Municípios a obrigação de proceder à fiscalização, acompanhamento, disciplina e aprovação dos LOTEAMENTOS, e mais do que isto, ao órgão local compete realizar as medidas inerentes à **REGULARIZAÇÃO DOS PARCELAMENTOS IRREGULARES**, impondo ao parcelador as medidas necessárias à conclusão do empreendimento ou as realizando **DIRETAMENTE**, arcando com os custos, quando inviável venha a se mostrar a recuperação dos parcelamentos, junto ao empreendedor relapso ou à população envolvida.<sup>310</sup>

O seu art. 40<sup>311</sup> reza que a Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal, quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem

---

<sup>310</sup> SALLES, Venício Antônio de Paula. Regularização Fundiária. apud Regularização Fundiária, in ROLNIK Raquel, et al. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. PUC Minas Virtual, 2006, 224p., p. 113.

<sup>311</sup> BRASIL. **Lei n. 6766/76**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 20 de setembro de 2008. Art. 40. "A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes. § 1º. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, que promover a regularização, na forma deste artigo, obterá judicialmente o levantamento das prestações depositadas, com os respectivos acréscimos de correção monetária e juros, nos termos do § 1º do art. 38 desta Lei, a título de ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações necessárias para regularizar o loteamento ou desmembramento. § 2º. As importâncias despendidas pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal quando for o caso, para regularizar o loteamento ou desmembramento, caso não sejam integralmente ressarcidas conforme o disposto no parágrafo anterior, serão exigidas na parte faltante do loteador, aplicando-se o disposto no art. 47 desta Lei. § 3º. No caso de o loteador não cumprir o estabelecido no parágrafo anterior, a Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, poderá receber as prestações dos adquirentes, até o valor devido. § 4º. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, para assegurar a regularização do loteamento ou desmembramento, bem como o ressarcimento integral de importâncias despendidas, ou a despende, poderá promover judicialmente os procedimentos cautelares necessários aos fins colimados. § 5º. A regularização de um parcelamento pela Prefeitura Municipal, ou Distrito

observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes<sup>312</sup>.

Porém, a Lei n. 6766/79, mesmo depois de suas pequenas alterações ocorridas, não possui disposições específicas para promover a regularização fundiária. Embora tenha ela introduzido preocupações com o crescimento das cidades, necessita compatibilizar-se, atualmente, com a Medida Provisória n. 2220/01 e com o Estatuto da Cidade, fortalecendo o papel dos

---

Federal, quando for o caso, não poderá contrariar o disposto nos art. 3º e 4º desta Lei, ressalvado o disposto no § 1º desse último”

<sup>312</sup> A Lei 6766/79 foi o único diploma federal, desde 1979 até o advento do Estatuto da Cidade, em 2001, a tratar de matéria urbanística. Em 1999, através da Lei Federal n. 9785, de 29 de janeiro de 1999, houve modificações pontuais na Lei de Parcelamento, referentes aos requisitos urbanísticos para loteamento, aos projetos de loteamento e desmembramento e sua aprovação. O art. 3º da Lei 6766, com nova redação conferida em 1999, dispõe que “somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão ou de urbanização específica, assim definitida pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal”, o que demonstra, na fase precedente à edição do Estatuto da Cidade, uma maior preocupação com o crescimento ordenado da cidade nas zonas urbanas, através de definição pelo Plano Diretor ou Lei Municipal. O art. 4º da lei em comento, também alterado em 1999, e seu § 1º, estabelece que os loteamentos deverão atender, dentre outros, ao requisito de que as áreas de circulação e espaços livres de uso público serão proporcionais à densidade da ocupação prevista pelo plano diretor, ou aprovada por lei municipal. Estabelece também a legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão obrigatoriamente as áreas mínimas e máximas de lotes e coeficientes máximos de aproveitamento. O art. 18, § 4º, da Lei n. 6766/79, também modificado, dispensou o título de propriedade para o registro do loteamento e desmembramento quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação. A Lei n. 9785/99, em seu art. 2º, alterou o art. 167, I, item 36, da Lei n. 6015/73, a Lei dos Registros Públicos, para dispensar o título de propriedade para o registro do parcelamento popular de área desapropriada, desde que o Poder Público já tenha obtido judicialmente a posse do imóvel. Ou seja, a lei equiparou, para execução de parcelamento urbano popular, o título de propriedade à imissão provisória na posse concedida ao Poder Público. O instituto de maior importância para a proteção da posse, atribuído à lei de parcelamento do solo pela mini reforma de 1999, foi o da cessão de posse. A cessão de posse está prevista no art. 26, § 3º, da lei de parcelamento, e passou a admitir, nos parcelamentos populares, a cessão da posse em que estiverem provisoriamente imitidas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades delegadas, o que poderá ocorrer por instrumento particular, ao qual se atribui caráter de escritura pública, passível de registro no Registro de Imóveis. A cessão da posse por parte dos entes públicos, nestes casos, pode ser utilizada quando o Município esteja promovendo um loteamento popular em área particular, alvo de procedimento de desapropriação, e desde que ele já tenha sido imitado na posse provisória do bem. Com a ultimização da desapropriação, a posse converter-se-á em propriedade, conforme redação do § 5º do art. 26, e a cessão converter-se-á em compromisso de compra e venda, conforme haja obrigações a cumprir, e que serão averbadas na matrícula referente ao lote, valendo como título hábil para o registro da propriedade.

Municípios e integrando os papéis destinados ao Legislativo, Executivo e Judiciário na missão da regularização da posse em áreas urbanas. Uma gestão democrática das cidades, mediante articulações locais, integradas e específicas para a realidade de cada cidade depende de um novo olhar e um novo agir na questão do parcelamento urbano, dos condomínios urbanísticos e nas situações irregulares já consolidadas pelo tempo.

A criação de loteamentos legalizados, ordenados e passíveis de destinação à habitação de interesse social, na implementação da política de regularização fundiária, é um desafio à concretização do direito à moradia.

Esse desafio já não é tão distante. Em denso projeto que tramita atualmente no Congresso Nacional desde 2000, o Projeto de Lei n. 3057/00<sup>313</sup>, de autoria do Bispo Wanderval, do PL-SP, apresentado em 18.05.00, agraciado com o nome de “Lei de Responsabilidade Territorial Urbana”, trata da nova lei de parcelamento do solo urbano, e dispõe expressamente sobre a regularização fundiária de áreas urbanas, dando outras providências<sup>314</sup>.

De forma inédita, o projeto de lei, traz os seguintes conceitos operacionais, referentes às categorias de regularização fundiária:

Art. 2º, II – regularização fundiária sustentável: o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público por razões de interesse social ou de interesse específico, que visem a adequar assentamentos informais preexistentes às conformações legais, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; III – regularização fundiária de interesse social: a regularização fundiária sustentável de assentamentos informais ocupados, predominantemente por população de baixa renda, em casos em que existam direitos reais legalmente constituídos ou

---

<sup>313</sup> Disponível na íntegra em [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=19309](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19309)  
Acesso em 01 de outubro de 2008.

<sup>314</sup> Trata-se de projeto de relevo, com 139 artigos, aos quais, por sua complexidade, impedem abordagem completa, ainda que sucinta. Caso seja aprovado, revogará expressamente a Lei n. 6766/79 e será um divisor de águas, no Brasil, para o trato da regularização da posse urbana. O projeto tem como foco a descentralização das decisões governamentais referentes ao parcelamento do solo para fins urbanos e à regularização fundiária.

que se situem em zona especial de interesse social (ZEIS) ; IV-regularização fundiária de interesse específico: a regularização fundiária sustentável de assentamentos informais nas quais não se caracteriza o interesse social, na forma do inciso III [...] <sup>315</sup>

Veja-se que ao diferenciar a regularização fundiária de interesse social e de interesse específico, o objeto do legislador é regularizar também as situações informais que não sejam objeto de ocupação por população de baixa renda, limitando-se à regularização jurídica da situação dominial.

A temática da regularização fundiária sustentável para as áreas urbanas é objeto do título III do projeto de lei, dispondo o texto expressamente, em seu art. 80, que a política de regularização visa à efetivação do direito social à moradia e do direito a cidades sustentáveis. O projeto traz diretrizes para a regularização fundiária, baseados na articulação com as políticas de habitação e saneamento, prevenção a novas ocupações ilegais, participação popular no processo de regularização <sup>316</sup>.

São algumas das inovações decorrentes da lei:

A) a disciplina dos condomínios urbanísticos, com normas complementadas pelos municípios

B) integração entre os processos de licenciamento urbanístico e ambiental dos novos parcelamentos e da regularização fundiária

---

<sup>315</sup> Disponível na íntegra em [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=19309](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19309)  
Acesso em 01 de outubro de 2008.

<sup>316</sup> A iniciativa para a regularização fundiária dar-se-á, pelo texto do projeto de lei, ao Poder Público, aos beneficiários, individual ou coletivamente, às cooperativas habitacionais, associações de moradores, etc, e neste dois últimos casos, precisam fazer prova da legitimidade para promover a regularização fundiária. O capítulo IV do título III do projeto de lei apresenta os instrumentos da demarcação urbanística e da legitimação de posse aos casos de regularização fundiária de interesse social. Na demarcação urbanística, o Poder Público, através de procedimento administrativo, demarca o imóvel, definindo limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses. Já na legitimação de posse, ocorre também por ato administrativo, e destina-se a conferir título de reconhecimento de posse para fins de moradia de imóvel objeto de demarcação, identificando o ocupante, o tempo e a natureza da posse. Isso quer dizer que o projeto traz à lume a concessão de registro de direito de posse para fins de moradia, a ser registrada em matrícula de lote ou unidade autônoma, consistindo prova antecipada para ação de usucapião. Decorridos 05 anos do registro do título de posse, formaliza-se a conversão do direito real de posse em propriedade, por simples requerimento do proprietário ao Oficial do Registro de Imóveis, munido de certidões do Distribuidor Cível Estadual e Federal de que não constem ações em andamento que versem sobre a posse ou propriedade do bem.

C) faculdade de o Poder Público declarar a impossibilidade de implantação de um empreendimento como decorrência de situação de inviabilidade de implantação de infra-estrutura básica

D) possibilidade de o plano de bacia hidrográfica prever faixas de Área de Preservação Permanente –APP ao longo dos corpos de água de dimensões menores que as estabelecidas em normas ambientais

E) implantação de loteamentos com controle de acesso baseado em lei estadual ou municipal, assegurados os cuidados com sua integração com o sistema viário

F) possibilidade de desafetação pelo uso de área comum do povo ocupada por assentamento informal há mais de 05 anos, mediante certificação do Poder Público Municipal

G) proposição de nova redação ao art. 942 do CPC, referente ao procedimento da usucapião, o qual impede qualquer discussão de demarcação de divisas na ação, e dispensa a citação de todos os confrontantes, mantendo apenas a citação daquele que figurar como proprietário. Os confinantes prejudicados poderão se valer do procedimento próprio a qualquer tempo. O projeto também prevê que a sentença de usucapião não fará coisa julgada contra as Fazendas Públicas ou seus órgãos de administração descentralizada.

H) Gratuidade do primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas e rurais de agricultura familiar

Estas são apenas algumas breves considerações sobre um vasto diploma legal que, se aprovado, acarretará mudanças significativas nos procedimentos de regularização fundiária, inclusive na atividade jurisdicional, seja através do poder correicional que possui sobre os Cartórios Extrajudiciais, seja através dos procedimentos judiciais decorrentes da nova legislação.

---

### **3.2.3 Possibilidades de atuação do Juiz na regulação da posse e a Resolução n. 11/08 do Conselho da Magistratura do Estado de Santa Catarina, instituidora do Projeto “Lar Legal”**

Apresentam-se neste momento, derradeiramente às considerações abordadas relativamente à regularização da posse em áreas urbanas, algumas alternativas de atuação judicial nesta seara.

Preliminarmente, tendo-se em vista que a legislação sobre a matéria é ainda insipiente, no aguardo de aprovação da nova lei de parcelamento do solo urbano de regularização fundiária, algumas medidas judiciais, na seara administrativa, ocorreram de forma isolada no país, através dos Tribunais de Justiça Estaduais.

No Estado de Santa Catarina, a recentíssima Resolução n. 11/08<sup>317</sup>, do Conselho da Magistratura, publicada no Diário de Justiça Eletrônico n. 520, p. 42/43, em 02.09.08, “ institui o Projeto ‘Lar Legal’, que objetiva a regularização do registro de imóveis urbanos e urbanizados loteados, desmembrados, fracionados ou não”<sup>318</sup>, em verdadeira acolhida e compreensão à questão de política judiciária de envolvimento do Poder Judiciário no trato do direito à moradia para pessoas de baixa renda. É verdadeiro exemplo da função social da atividade judicial, do dever de solidariedade e de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

A leitura da Resolução é muito clara, atribuindo amplo leque de iniciativas ao magistrado, através de procedimentos de jurisdição voluntária, sem contencioso, para regularizar o registro de imóveis em situação irregular. Trata-se do exercício de atividade sem cunho jurisdicional *strictu sensu*, na administração pública de interesses sociais.

Os fundamentos da Resolução, constantes do preâmbulo do seu texto, baseiam-se nas seguintes premissas: a) a legislação sobre aquisição, perda e propriedade do imóvel deve ser vista como instrumento para a

---

<sup>317</sup> O teor integral da Resolução encontra-se no Anexo deste trabalho

<sup>318</sup> Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/normas/normas.htm>

preservação da unidade interna e coerência perante a Constituição; b) que a inviolabilidade do direito à propriedade merece ser dimensionada em harmonia com o princípio de sua função social; c) que a atual função do Direito não se restringe à solução de conflitos de interesses e a busca de segurança jurídica, mas em criar condições para a valorização da cidadania e promoção da justiça social; d) que uma das finalidades das normas jurídicas disciplinadoras do solo urbano é a proteção dos adquirentes de imóveis, especialmente quando forem integrantes de loteamentos ou parcelamentos equivalentes; e) que a Constituição da República, ao garantir o direito de propriedade, não estabeleceu outras limitações; assegura ao cidadão não apenas o acesso e a posse, mas a decorrente e imprescindível titulação, porque só com a implementação desse requisito torna-se possível seu pleno e adequado exercício; f) que os fracionamentos, mesmo quando não planejados ou autorizados administrativamente de forma expressa, geram, em muitas hipóteses, fatos consolidados e irreversíveis, e as unidades desmembradas adquirem autonomia jurídica e destinação social compatível, com evidentes conseqüências na ordem jurídica; g) o disposto na Lei n. 9.785/99, que alterou o Decreto-Lei n. 3.365/41 (desapropriação por utilidade pública), e as Leis n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) e n. 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano); h) as diretrizes gerais estipuladas no art. 2º da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), em especial seu inciso XIV; i) que a aquisição por desapropriação é admitida como originária, ou seja, sem registro imobiliário anterior; j) a dispensa do título de propriedade para efeito do registro do parcelamento (art.18, § 4º, da Lei n. 6.766/79); k) que a inexistência ou impossibilidade de apresentação do título anterior pode ser justificada pelo Juízo (Provimento CGJSC n. 10/81); l) que eventual irregularidade no registro pode ser alvo de ação própria que objetiva sua anulação em processo contencioso (art. 216 da Lei n. 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos); m) a necessidade dos municípios regularizarem a ocupação de áreas situadas em seu perímetro urbano ou periferia, para preservar o meio ambiente, a fim de realizar obras de infra-estrutura compatível com as exigências da dignidade humana; e finalmente; n) ser imprescindível a participação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, instituição essencial e defensora

constitucional dos interesses sociais, a fim de possibilitar o deslinde de situações existentes,

Pretendendo uma breve síntese, extraem-se as seguintes funções primordiais ao magistrado, coletadas da citada Resolução:

- a) procedimento de jurisdição voluntária para a regularização de registro de imóveis urbanos ou urbanizáveis, com competência do Juiz de Direito de Registros Públicos, mediante oitiva prévia do Ministério Público e dispensa de audiência instrutória, salvo quando excepcionalmente necessária e, neste caso, sob o princípio da oralidade
- b) registro de imóveis urbanos, loteados, desmembrados, fracionados ou não, inclusive os pertencentes ao Poder Público, por parte de pessoas que estejam na posse do imóvel através de situação consolidada de posse que induza ao reconhecimento do domínio, a ser comprovada mediante justificação judicial
- c) regularização do registro de loteamentos por parte do Juiz de Direito de Registros Públicos nos casos do art. 40 da Lei 6766/79 em caso de descumprimento das condições por parte do loteador ou empreendedor
- d) averbação, pelo Juiz de Direito, das frações individuais decorrentes de posse nas áreas em comunhão, desde que a situação esteja consolidada nos termos explicitados supra
- e) possibilidade de o Juiz, no procedimento de regularização do registro, com base na discrepância entre o memorial da área e os dados constantes no Registro Público, determinar a retificação da descrição do bem junto a este.
- f) determinação de registro de matrícula caso o imóvel pretendido de regularização não o possua.

- g) diminuição das custas pelos atos notariais às pessoas de baixa renda

Ou seja, todas estas medidas são fruto de uma mudança de mentalidade do Poder Judiciário, fulcradas em questões pluridimensionais e que devem ser analisadas sob a ótica da consciência não só coletiva, mas também individual de cada cidadão brasileiro que se encontre ou não na informalidade, de molde a lutar, de forma associativista, por uma existência mais digna.

Tais alternativas acarretam novas dimensões para o labor diário do Juiz, quando se deparar com situações de ocupação informal urbana a qual tenha se tornado a única opção de moradia nas cidades.

O papel do Juiz não existe somente dentro do processo judicial. Ele possui o dever de prezar pelo respeito aos direitos fundamentais, e pela dignidade da pessoa humana. Um olhar acurado no art. 2º da Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade), dá conta que entre as diretrizes gerais da política urbana, que pretende ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade, encontram-se algumas plenamente exigíveis não só pelos demais Poderes da República, mas igualmente pelo Poder Judiciário. Leia-se, *v. g.*: a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (inc II); cooperação entre os governos, iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social (inc III); ordenação e controle do uso do solo (inc VI); simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (inc XV); isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social (inc XVI).

Estas questões dependem da regularização jurídica de lotes, (re)urbanização de assentamentos informais urbanos, adequação de instrumentos de legislação urbanística, e incentivo à formalização da posse, em atenção à segurança jurídica e estabilidade social.

Há três vertentes para a atuação do magistrado nessa área:

a) medidas preventivas de administração judiciária; b) medidas curativas de cunho individual; c) medidas curativas de cunho coletivo.

A ausência de cadastro de imóveis, sobreposição de registros, incongruências entre dados do Poder Público e dos Cartórios, são dificuldades que não podem impedir o Juiz de exercer efetivamente sua missão de pacificador social. Incumbe-lhe agir, assim, em determinadas situações, não meramente quando provocado, mas sim de ofício, propondo acertos e convênios com universidades, Prefeituras Municipais e organizações que promovam a identificação de áreas, auxiliando na simplificação de procedimentos para regularização de parcelamento do solo, registro de contratos e regularização de lotes individualizados.

Além disso, é indispensável o reforço do incentivo à assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos (art. 4º, inc V, Estatuto da Cidade), fomentando a participação da Ordem dos Advogados do Brasil nos procedimentos de jurisdição voluntária, gratuitamente, e instigando-a a participar dos procedimentos administrativos municipais para a regularização fundiária urbana.

Já no plano das ações judiciais individuais, ressalva-se a importância de institutos previstos no art. V do par. 4º do Estatuto da Cidade, todos já analisadas, tais como a desapropriação, usucapião especial de imóvel urbano, concessão de direito real de uso, concessão de uso especial para fins de moradia, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, direito de superfície, outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, etc. Neste sentido, deve o Juiz incentivar não apenas os meios de regularização da posse para fins de concessão de título de domínio, mas também a utilização de meios de titulação da posse, especialmente junto aos imóveis públicos, através de instrumentos como a concessão especial de uso para fins de moradia, a concessão de direito real de uso, o direito de superfície, etc. O reconhecimento da propriedade é importantíssimo meio de regularização fundiária, mas não é a única alternativa neste tocante.

De outro lado, em patamar coletivo, a par dos institutos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade e outros diplomas legais, chama a

atenção do jurista, em seu papel criativo, uma releitura de institutos jurídicos pouquíssimo utilizados, em decorrência da cultura ainda individualista dos operadores jurídicos, que apenas operam em nível individual de conflitos. Necessário, assim, esclarecer e fomentar a viabilidade de instrumentos relevantíssimos, tais como o usucapião coletivo (art. 10 do Estatuto da Cidade) e a concessão de uso coletivo para fins de moradia de pessoas de baixa renda (art. 2º da Medida Provisória n. 2220 de 04.09.01, que regulamenta o art. 183, § 1º, da Constituição Federal).

Necessário aferir, por fim, se tais institutos podem ser invocados a título de defesa em ações judiciais individuais ou coletivas propostas pelos proprietários, e se serão protegidos nos próprios autos, permitindo-se o seu registro desde que reconhecido o exercício da posse em seu melhor aproveitamento.

São estas apenas algumas questões que necessitam aprofundada análise pelo Magistrado, de molde a conferir-lhe uma missão inovadora e de responsabilidade, de molde a legitimar o uso de sua toga como instrumento de reordenamento urbano e dissipação, passo a passo, da informalidade que assola as cidades brasileiras. A função do Direito é pacificar a sociedade e, com isso, uma nova postura teórica e humanista do jurista no alcance de normas socialmente desejadas, no sentido de justas, úteis e eficazes, é imprescindível para a minimização dos prejuízos advindos da informalidade urbana.

Humanizar, sempre. Eis o desafio mais premente ao Poder Judiciário do século XXI. Humanizar cérebros, abrandar corações, não ter receio de proteger o mais fraco. A Constituição possui um capítulo inteiro dedicado à previsão de inúmeros direitos fundamentais. Não há o que regulamentar; há que se aplicar. Um agir ético de responsabilidade e fundamentado na preocupação com as pessoas, e não apenas com o texto da lei: esta deve ser a missão do Juiz.

Espera-se que assim o seja.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação do direito é dependente de uma atuação ética. Categorias como humanismo, alteridade, solidariedade, são preementes à atividade jurisdicional, e aplicam o direito como ele deve ser, ou seja, fundamentado na validade material da norma, nos valores e nas aspirações da sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana somente pode ser alcançado mediante a garantia dos direitos fundamentais, permitindo um padrão mínimo de sobrevivência nas cidades. O direito à moradia, alçado à condição de direito social na Constituição Federal, depende não apenas de um teto, mas de uma infra-estrutura mínima de higiene e segurança. A informalidade nas áreas urbanas, é representada por várias irregularidades, e sua regularização abrange as dimensões jurídica e urbanística. A primeira envolve os conhecidos problemas de documentação referente aos registros dos títulos de propriedade, e a segunda é representada por problemas relativos aos de construção e ocupação do solo e inadequação da legislação urbanística.

O reconhecimento legal e jurídico da posse, especialmente às pessoas mais desvalidas, é uma das principais faces da regularização fundiária, eis que pretende legalizar e proteger o direito fundamental à moradia e a ocupação das áreas urbanas, ao mesmo tempo em que corrige as imperfeições dos assentamentos, resgatando a cidadania e melhorando a qualidade de vida da população.

A função jurisdicional, na regularização da posse para fins de moradia, abrange a aplicação de diversos instrumentos, tais como a desapropriação e usucapião, este especialmente na sua forma coletiva. Porém, outros instrumentos como a concessão especial de uso para fins de moradia,

concessão de direito real de uso, e direito de superfície, por ex, são importantes alternativas que permitem a concessão de títulos de posse, e não apenas de domínio.

Neste viés, a Resolução n. 11/08, do Conselho da Magistratura do Estado de Santa Catarina, apresenta-se como um dos instrumentos dos poderes jurisdicionais do Juiz no trato da problemática fundiária urbana, eis que lhe concede a possibilidade de regularizar o registro de imóveis urbanos através de procedimentos de jurisdição voluntária, dispensando-se a instrução judicial ou, quando muito, se imprescindível, seja presidida sob o princípio da oralidade. A mesma Resolução ainda permite, mediante prévia justificação judicial, o registro de imóveis urbanos, inclusive públicos, por parte de pessoas que estejam em sua posse através de situação consolidada pelo tempo que induza o domínio. Dentre outras medidas, também permite o registro de matrícula caso o imóvel pretendido de regularização não possua registro, e impõe a diminuição das custas dos atos notariais às pessoas de baixa renda.

Estas medidas podem ser ampliadas, mediante debates locais com os Poderes Executivo e Legislativo, no intuito de facilitar e simplificar a legislação de ocupação do solo urbano, e incentivando a regularização da posse para fins de moradia, em áreas públicas, através de outros instrumentos, por ex, a concessão de uso, em suas formas individual e coletiva, no intuito de diminuir os custos dos processos de regularização, eis que nesses casos não há a conversão da posse em título de propriedade.

A missão do Juiz é pacificar, de forma inovadora, com fundamento num agir ético responsável, comprometido com os deveres de alteridade e solidariedade. A informalidade urbana é uma realidade. Por outro lado, incumbe ao Poder Judiciário também tornar real, sempre mais, uma postura humanista, criando e recriando normas socialmente comprometidas com a diminuição das desigualdades sociais. Ser cidadão é ter um endereço, e esse sonho pode deixar de ser tão inalcançável a uma grande massa da população, desde que a função jurisdicional cumpra com sua parte nessa obrigação.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AGUIAR, Carlos; BORBA, Tereza. Regularização Fundiária e Procedimentos Administrativos, In ROLNIK, Raquel, et al. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. PUC Minas Virtual, 2006.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2002.

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2003.

ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In ROLNIK, Raquel et al. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. PUC Minas Virtual, 2006.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Regularização Fundiária: Um imperativo ético da Cidade Sustentável – O caso de Porto Alegre. In **O direito à cidade Trilhas Legais para o direito às cidades sustentáveis**. São Paulo: Max Limonad, 1999

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Ed. Campus. 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª ed. Brasília: Ed. LGE, 2004, vol 1.

BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In MEZZARROBA, Orides (org). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, Sociedade Civil e Estado constitucional brasileiro. In MEZZARROBA, Orides (org). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível na íntegra em [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=19309](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19309) Acesso em 01 de outubro de 2008.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) . Acesso em. 23 de julho de 2008.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br) Acesso em 12 de setembro de 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Lei n. 6766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, de 20 de dezembro de 1979.

BRASIL. **Lei n. 9785, de 29 de janeiro de 1999**. Altera o Decreto-Lei n. 3365, de 21 de junho de 1941 (desapropriação por utilidade pública) e as Lei n. 6015, de 31 de dezembro de 1973 (registros públicos) e 6766 de 19 de dezembro de 1979

(parcelamento do solo urbano). Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 14 de setembro de 2008.

BRASIL. **Lei n. 10.257/01**. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10 de setembro de 2008.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001**. Publicada no Diário Oficial da União, de 5 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o art. 183, § 1º da Constituição, e cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e dá outras providências.

BRASIL. **Ministério das Cidades**. Disponível em <http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades>. Acesso em 02.09.08

BUENO, Laura Machado de Mello; MONTEIRO, Pedro Cauê Mello Rosa Monteiro. Planos Diretores, aspectos urbanísticos e ambientais na Regularização Fundiária. Apud Regularização Fundiária, in ROLNIK, Raquel, et al. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. PUC Minas Virtual, 2006.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed, Coimbra: Almedina, 2000.

CARDOSO, Aauto. Irregularidade Urbanística: questionando algumas hipóteses. **Ministério das Cidades**. Disponível em <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacaofundiaria/textos-diversos/AautoLucioCardoso.pdf/view> , p. 01 Acesso em 02.09.08

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica**. Florianópolis: OAB Editora. 2005

COIMBRA, Marcelo de Aguiar. *O Estado Personalista de Direito e a realização igualitária dos direitos fundamentais*, apud ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno**. São Paulo: Ed Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro; Ed. América Jurídica, 2003.

COSTA, Fernanda Carolina Vieira da. Os tipos de irregularidade fundiária, a diversidade de situações e as peculiaridades. In **Regularização da Terra e Moradia. O que é e como implementar**. Cartilha distribuída ao alunos do curso de Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos, da PUC Minas Virtual, 2006. Gráfica da Caixa., 2002.

DUARTE, Magna Corrêa de Lima. Direito Constitucional à Moradia. IN DELGADO, Ana Paula Teixeira; CUNHA, Maria Lourdes da. (org) **Estudos de Direitos Humanos**. Ensaios Interdisciplinares. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET; Ingo Wolfgang. (org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed revista e ampliada. Porto Alegre: Ed do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2006.

FERNANDES, Edesio. Os programas de regularização. **Regularização da Terra e da Moradia. O que é e como implementar.** Instituto Pólis (Coordenação Executiva), Publicação da Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos. São Paulo: 2002.

FERNANDES, Edesio. Regularização de Assentamentos Informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. In ROLNIK, Raquel. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos.** Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** Coordenador Edvaldo Brito. 19ª edição. Revista, Atualizada e Aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã.** São Paulo: Ed Nova Cultura, 2005.

IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da posse.** 2ª ed. São Paulo: Edipro Editora. 2002.

INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a efetividade do processo.** Curitiba: Juruá Editora, 2002.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural.** Tradução e prefácio de João Baptista Machado. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979.

LOUREIRO, Francisco. Usucapião coletivo e habitação popular. In ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade.** Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed revista e ampliada. Porto Alegre: Ed Livraria do Advogado, 2006.

MATOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB Editora, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor/CPGD, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

MONDAINI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In PINSKY, Jaime (org). **História da Cidadania**. São Paulo: Ed Contexto, 2005.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOTTA, Maria Clara Mello. **Conceito constitucional de propriedade: Tradição ou Mudança?** Rio de Janeiro: Ed.Lumen Juris, 1997.

OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e Tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro; Forense, 2006, 360p.

PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Ed Conceito Editorial, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 2ª ed. Florianópolis: Florianópolis Estudantil, 1988.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

RAMOS, Jaime. Justiça e segurança jurídica. In ABREU, Pedro Manoel et al. **Direito e Processo**. Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Ed. Conceito Editorial, 2007.

ROLNIK, Raquel; PINHEIRO, Otilie Macedo. (Coord) **Plano diretor participativo: guia para elaboração pelos Municípios e cidadãos**. Brasília: Ministério das Cidades, Confea, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Ed Edipro, 2003.

SALLES, Venício Antônio de Paula. Regularização Fundiária. apud Regularização Fundiária, in ROLNIK Raquel, et al. **Regularização Fundiária de Assentamentos Informais Urbanos**. PUC Minas Virtual, 2006, 224p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre; Ed. Livraria do Advogado, 2007.

SAULE JUNIOR, Nelson. Como regularizar? **Regularização da Terra e da Moradia. O que é e como implementar.** Instituto Pólis (Coordenação Executiva), Publicação da Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos. São Paulo: 2002.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 2004.

SCHÄFER, Gilberto. Usucapião Especial Urbana: Da Constituição ao Estatuto da Cidade, apud ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade.** Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 5ª ed. ampliada. São Paulo: RT, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2ª ed, São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1982, título II, capítulos II, III e IV.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral & Razão: Reflexões.** Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In PINSKY, Jaime (org). **História da Cidadania.** São Paulo: Ed Contexto, 2005.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Direitos Humanos. In SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Ed. RT, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Resolução n. 11, de 11 de agosto de 2008, do Conselho da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/normas/normas.htm>. Acesso em 4 de setembro de 2008.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2006.

## ANEXO ÚNICO

TIPO: RESOLUÇÃO

Nº 11/08-CM

ORIGEM: CM

DATA DA ASSINATURA: 11.08.2008.

PRESIDENTE: DES. FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA FILHO

PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO N. 520 PÁGS 42/43  
DATA:.02.09.2008.

OBS: Institui o Projeto "Lar Legal", que objetiva a regularização do registro de imóveis urbanos e urbanizados loteados, desmembrados, fracionados ou não.

### RESOLUÇÃO N. 11/08–CM

Institui o Projeto "Lar Legal", que objetiva a regularização do registro de imóveis urbanos e urbanizados loteados, desmembrados, fracionados ou não.

O Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, considerando

– que o sistema da legislação ordinária sobre aquisição, perda e função da propriedade imóvel deve ser visto como instrumento para a preservação da unidade interna e a coerência jurídica, em face dos objetivos constitucionais;

– que a inviolabilidade do direito à propriedade merece ser dimensionada em harmonia com o princípio de sua função social;

– que a atual função do Direito não se restringe à solução de conflitos de interesses e a busca de segurança jurídica, mas em criar condições para a valorização da cidadania e promoção da justiça social;

– que uma das finalidades das normas jurídicas disciplinadoras do solo urbano é a proteção dos adquirentes de imóveis, especialmente quando forem integrantes de loteamentos ou parcelamentos equivalentes;

– que a Constituição da República, ao garantir o direito de propriedade, não estabeleceu outras limitações; assegura ao cidadão não apenas o acesso e a posse, mas a decorrente e imprescindível titulação, porque só com a implementação desse requisito torna-se possível seu pleno e adequado exercício;

– que os fracionamentos, mesmo quando não planejados ou autorizados administrativamente de forma expressa, geram, em muitas hipóteses,

fatos consolidados e irreversíveis, e as unidades desmembradas adquirem autonomia jurídica e destinação social compatível, com evidentes conseqüências na ordem jurídica;

– o disposto na Lei n. 9.785/99, que alterou o Decreto-Lei n. 3.365/41 (desapropriação por utilidade pública), e as Leis n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) e n. 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano);

– as diretrizes gerais estipuladas no art. 2º da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), em especial seu inciso XIV;

– que a aquisição por desapropriação é admitida como originária, ou seja, sem registro imobiliário anterior;

– a dispensa do título de propriedade para efeito do registro do parcelamento (art.18, § 4º, da Lei n. 6.766/79);

– que a inexistência ou impossibilidade de apresentação do título anterior pode ser justificada pelo Juízo (Provimento CGJSC n. 10/81);

– que eventual irregularidade no registro pode ser alvo de ação própria que objetiva sua anulação em processo contencioso (art. 216 da Lei n. 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos);

– a necessidade dos municípios regularizarem a ocupação de áreas situadas em seu perímetro urbano ou periferia, para preservar o meio ambiente, a fim de realizar obras de infra-estrutura compatível com as exigências da dignidade humana; e

– ser imprescindível a participação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, instituição essencial e defensora constitucional dos interesses sociais, a fim de possibilitar o deslinde de situações existentes,

## R E S O L V E:

### Título I – Disposições Gerais

Art. 1º O registro de imóveis urbanos ou urbanizados, loteados, desmembrados, fracionados ou não, obedecerá o disposto nesta Resolução, especialmente nas hipóteses de:

I – situações consolidadas;

II – parcelamento do solo;

III – registro de contrato;

IV – estado de comunhão.

Parágrafo único. Ficam excluídas as áreas de risco ambiental, de preservação natural ou definidas em lei.

Art. 2º Em se tratando de imóvel público ou submetido à intervenção do Poder Público, deverá o Juiz de Direito, com competência em Registros Públicos, autorizar ou determinar o registro, desde que instruído o pedido com os seguintes documentos:

I – título de propriedade do imóvel (art. 18, I, da Lei n. 6.766/79) ou Justificação Judicial da Posse (art. 3º, § 1º, desta Resolução);

II – certidão negativa de ação real ou reipersecutória referente ao imóvel expedida pelo respectivo Ofício do Registro de Imóveis;

III – certidão de ônus reais relativos ao imóvel;

IV – planta simplificada do imóvel e respectiva descrição, emitidas com a concordância do Município, sendo que, nas hipóteses de regularização coletiva, bastará planta única que contenha a situação geral da área com a devida individualização dos imóveis.

#### Título II – Das Situações Consolidadas

Art. 3º Em situações consolidadas, deverá o Juiz de Direito autorizar o registro acompanhado tão-só dos documentos indicados no artigo anterior.

§ 1º Considera-se situação consolidada aquela em que a ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre outras situações peculiares, indique a irreversibilidade da posse que induza ao domínio.

§ 2º Na aferição da situação jurídica consolidada, serão suficientes quaisquer documentos provenientes do Poder Público, em especial os do Município.

#### Título III – Da Regularização de Parcelamento do Solo

Art. 4º Na hipótese de regularização pelo Poder Público, conforme autorizado pelo art. 40 da Lei n. 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), deverá o Juiz competente autorizar o registro em idênticas condições, sem prejuízo da adoção de outras medidas, cíveis, criminais ou administrativas, contra o loteador faltoso.

Art. 5º No caso do artigo anterior, o Juiz de Direito deverá permitir o registro, embora não atendidos os requisitos urbanísticos previstos na Lei n. 6.766/79 ou em outros diplomas legais.

#### Título IV – Do Registro de Contratos

Art. 6º Registrado ou averbado o parcelamento (loteamento, desmembramento ou fracionamento) do solo urbano, os compradores de lotes de terreno poderão requerer, individual ou coletivamente, o registro dos seus contratos, padronizados ou não.

§ 1º O registro poderá ser obtido mediante a comprovação idônea da existência do contrato, nos termos do art. 27, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo).

§ 2º Os requisitos de qualificação das partes necessários ao registro, se inexistentes, serão demonstrados por meio da apresentação de cópia autenticada de documento pessoal de identificação, ou dos referidos na Lei n. 9.049, de 18 de maio de 1995, ou, ainda, de cópia de certidão de casamento ou equivalente.

#### Título V – Das Áreas em Estado de Comunhão

Art. 7º Em imóveis situados nos perímetros urbanos, assim como nos locais urbanizados, ainda que em zona rural, em cujos assentos conste

estado de comunhão, mas que, na realidade, se apresentam individuados e em posição jurídica consolidada, nos termos do art. 3º, § 1º, desta Resolução, o Juiz de Direito deverá determinar a averbação da identificação de uma ou de cada uma das frações, observado o seguinte:

I – anuência dos confrontantes da fração do imóvel que se quer regularizar, expressa em instrumento público ou particular;

II – identificação da fração na forma dos arts. 176, inciso II, n. 3, e 225 da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), por meio de certidão atualizada expedida pelo Município.

#### Título VI – Do Procedimento

Art. 8º O pedido de regularização dos imóveis urbanos ou urbanizados será formulado ao Juiz de Direito, que, após a manifestação do Ministério Público, prolatará a respectiva sentença.

§ 1º Será adequado para conhecer da matéria o Juízo com competência em Registros Públicos.

§ 2º Quando se tratar de regularização coletiva (mais de um autor) de imóveis urbanos ou urbanizados, também será legitimada a respectiva associação de moradores, com a devida autorização dos representados.

§ 3º O procedimento será especial de jurisdição voluntária, e aplicar-se-á, no que couber, a Lei n. 6.015/73, com preponderante incidência do princípio da celeridade, informalidade e instrumentalidade (art. 1.109 do Código de Processo Civil).

§ 4º Somente em situações estritamente necessárias será designada audiência de instrução e julgamento a ser realizada sob o princípio da oralidade.

§ 5º O magistrado poderá indeferir o pedido quando perceber o fim especulativo ou outro por parte dos autores que desvie o objetivo desta Resolução.

Art. 9º Quando a área a ser regularizada não coincidir com a descrição constante no registro imobiliário, o Juiz determinará a retificação da descrição do imóvel com base na respectiva planta e no memorial descritivo apresentado.

Art. 10 Os lindeiros particulares que não tenham anuído poderão ser cientificados por carta com aviso de recebimento de mão própria (AR/MP), enquanto que a União, o Estado ou o Município tomarão conhecimento por aviso de recebimento (AR) na pessoa de seus representantes, com prazo de 10 (dez) dias, quando for indispensável.

Art. 11 Havendo alteração na situação da posse durante a tramitação do processo, o novo possuidor poderá substituir o requerente original no feito, mediante expresso consentimento do Município (art. 42, § 1º, do Código de Processo Civil), a fim de que a sentença determine o registro do imóvel em seu nome.

#### Título VII – Disposições Finais

Art. 12 Procedido o registro previsto nos arts. 2º e 3º e a averbação regulada pelo art. 7º desta Resolução, o Oficial do Registro de Imóveis abrirá matrícula própria se o imóvel ainda não a tiver.

Art. 13 O registro e a respectiva matrícula, se for a hipótese, poderão ser cancelados em processo contencioso, por iniciativa de terceiro prejudicado ou do Ministério Público, nas situações previstas em lei, em especial nas hipóteses do art. 216 da Lei n. 6.015/73.

Parágrafo único. Se o juiz constatar que a abertura de matrícula ou algum ato autorizado por ele nos termos desta Resolução sejam nulos ou anuláveis, determinará, fundamentadamente e de ofício, o seu respectivo cancelamento.

Art. 14 Tratando-se de regularização solicitada por adquirente de renda modesta, em que o valor do imóvel seja de até 60 (sessenta) salários mínimos, demonstrado por documento emitido pelo Município, o máximo dos emolumentos a ser cobrado pela abertura da matrícula e pelo primeiro registro imobiliário será de até R\$ 60,00 (sessenta reais).

Art. 15 Nas demais hipóteses, há a possibilidade de solução por meio de ação de usucapião, observado, conforme a situação, o art. 46 do Código de Processo Civil (litisconsórcio facultativo).

Parágrafo único. As certidões necessárias à ação de usucapião, em que o autor é beneficiário da assistência judiciária, poderão ser requisitadas gratuitamente pelo Juiz de Direito.

Art. 16 Em face do elevado alcance social e do disposto no art. 14 desta Resolução, na primeira aquisição não haverá recolhimento de valor ao Fundo de Reaparelhamento da Justiça.

Art. 17 Esta Resolução entrará em vigor quinze dias após a data de sua publicação, revogadas as disposições contrárias.

Florianópolis, 11 de agosto de 2008.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho

DESEMBARGADOR PRESIDENTE

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)